DER VORBEHALTS-KAUFVERTRAG IM KONKURS

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Hermann Kannegießer

Gerichtsreferendar

aus Waldensberg.

Marburg 1932

Dissertations-Verlag G. H. Nolte, Düsseldorf

Als Doktorschrift von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 12. Dezember 1931.

Berichterstatter:
Geheimer Justizrat Professor Dr. Franz Leonhard.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

MEINEN ELTERN

und

MEINEM OHEIM

WALTER KANNEGIESSER,

Oberstudiendirektor z. D.

SCHRIFTTUM.

Adler, K., Zur Lehre vom Uebergang d. Ware vom Verk. an d. Käufer. ZHR. 86, 273; 1923.

Auerbach, „Der Eigentumsvorbehalt vom Standpunkt des Einzelhandels" in „Der Eigentumsvorbehalt in Wirtschaft und Recht." Hg. von der Industr.- u. Handelsk. Berlin 1931.

Bendix, Der Eigentumsvorbehalt im Konkurse des Käufers und Verkäufers, JW. 1930, S. 1360.

Bendix, Ist der Verkäufer von Leihmöbeln verpflichtet, dem Gläubiger, der sie beim Schuldner gepfändet hat, über die Höhe des noch geschuldeten Kaufpreises Auskunft zu geben? Bl. f. Rechtspfl. des Kg. (Kg. Bl.) 1907, S. 15.

Berend, Zwangsvollstreckung bei Eigentumsvorbehalt. Erlanger Diss. 1929.

Brecht, Bedingung und Anwartschaft, Jher. Jahrb. 61, 263.

Brecht, System der Vertragshaftung, Jher. Jb. Bd. 53.

Cahn, Der Auftakt des Vergleichsverfahrens, JW. 1928, S. 1118.

Ehrenberg, Handbuch des ges. Handelsrechts, Bd. IV, 2. Abtl. Leipzig 1918.

Etzold, Die Zwangsvollstreckung des Verkäufers in die unter Eigentumsvorbehalt verkaufte Sache. Frankf. Diss. 1928.

Fitting, Das Reichskonkursrecht, Bln. 1904, 3. Aufl.

Fromherz, Zwangsvollstreckung in den Anspruch aus einem sog. Möbelleihvertrag, ZZP. Bd. 38, S. 49. (1908)

Fromherz, Zwangsvollstreckung und Vermieterpfandrecht bei Leihmöbeln, ZZP. Bd. 39, S. 469 (1909).

Götte, Die Bedeutung des Eigentumsvorbehalts für die Zwangsvollstrekkung. Göttinger Diss. 1925.

Guyet, Der Eigentumsvorbehalt nach BGB. Jen. Diss. 1910.

Hahn, Die gesamten Materialien zur Konkursordnung. Bln. 1881.

Hein, Handbuch der Zwangsvollstreckung, 2. Aufl. Hannover 1914.

Hellmann, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts. Berlin 1907.

Hellwig-Oertmann, System des deutschen Zivil-Prozeßrechts, Bd. 2 Lp. 1919.

Jaffé, Eigentumsvorbehalt beim Kauf. Lpz. Diss. 1910

Jaeger, Kommentar z. Konkursordnung, Bd. I, Berl. u. Lpz. 1931 (6. u. 7. A.)

Kiesow, Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses (Komm.) Mannheim 1927.

Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem BGB. Jena 1900.

Kreß, Lehrbuch des allgem. Schuldrechts. München 1929.

Krückmann, Nachlese zur Unmöglichkeitslehre, Jher. Jb. 59, 20 1911.

Krückmann, Unmöglichkeit der Leistung u. Annahmeverzug. L.Z. 1926, Sp. 9.

Leonhard, Erfüllungsort und Schuldort. Berlin 1907.

Leonhard, Allgem. Schuldrecht des BGB. München u. Leipzig 1929.

Leonhard, Bürgerl. Recht. Ein Lehrbuch in kurzen Sätzen. 1926 2. Aufl. Bln.

Maeder, Die Einwirkung des Vergleichsverfahrens zur Abwendung des Konkurses auf schwebende Verträge. Bln. 1929.

Mayer, Komm. zum Ges. über den Vergl. zur Abw. d. Konk. München 1928.

Mentzel, Komm. zur Reichs-Konk.-O. Mannheim 1926.

Nagel, Beiderseits unerfüllte gegenseitige Verträge im Vergleichsverfahren. Heidelb. Abhandl. 29.

Oertmann, Beiträge zur Lehre von der Erfüllungspflicht des Verkäufers. Lpz. Zeitschr. 1927, Sp. 9.

Oertmann, Komm. zum BGB. Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse. Bln. 29.

Oertmann, Leistungshandlung und Leistungserfolg, ZHR. Bd. 93, S. 356. 1929.

Oertmann, Zur Lehre vom Leistungsort. Seuff. Bl. f. Rechtsanw. Jahrg. 73, S. 385, 1908.
Oetker, Einfluß der Eröffnung des Konkursverfahrens auf noch nicht erfüllte zweiseitige Verträge, ZZP. 14, S. 1, 1890.
Oser, Das Obligationenrecht. 1. Halbband, 2. Aufl. Zürich 1929.
Petersen-Kleinfeller, Konkursordn. f. d. Deutsche Reich. 4. Aufl. Lahr 1900.
Planck, Komm. zum BGB. Bd. 2, 1. Hälfte, 4. Aufl. Berlin 1914.
Proskauer, Der Eigentumsvorbehalt. Jur. Rundsch. 4. Jahrg. 1928, S. 222.
Reichsgerichtsräte-Kommentar, Bd. 2. Bln. 1928.
Rühl, Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft. Bln. 1930.
Rühl, Die Vergleichsordnung und der Verkauf unter Eigentumsvorbehalt. ZZP., Bd. 56, S. 154. 1931.
Samolewitz, Zweifelsfragen zur Vergleichsordnung, JW. 1927, S. 2401.
Sandrock, Die Behandlung zweiseitiger Verträge im Konkurse nach § 17 KO. Göttinger Diss. 1927.
v. Sarvey-Boßert, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich. Bln. 1901.
Schalfejew, Der Eigentumsvorbehalt in der Rechtsprechung in „Der Eigentumsvorbehalt in Wirtsch. u. Recht"; hg. von der Industr.- u. Handelsk. Berlin, Bln. 1931, S. 95.
Schantz, Zur Frage des Anwartschaftsrechts des Abzahlungskäufers. JW. 31. S. 507.
Schloßmann, Anspruch, Klage, Urteil und Zwangsvollstreckung auf Herbeiführung eines Rechtserfolgs. Jher. Jb. 45, S. 97.
Schwarz, Der Eigentumsvorbehalt vom Standpunkt der Industrie, in „Der Eigentumsvorbehalt in Wirtsch. u. Recht". Hg. Ind.- u. Handelsk. Bln. Berlin 1931.
Siber, Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht. Jher. Jb. Bd. 50, Jena 1906.
Staub-Koenige, Kommentar zum HGB. Bd. 4; 12. u. 13. Aufl. Berlin und Leipzig 1927.
Sternberg, Eigentumsvorbehalt an beweglichen Sachen im Konkurs d. Verkäufers. JW. 1913. S. 851.
Stulz, Der Eigentumsvorbehalt, 2. Aufl. Hg. vom Reichsverb. der deutsch. Industrie, Berlin 1931.
Stulz, Rühl, Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft, (besprechender Aufs.) JW. 1930, S. 2771.
Thorsch, Das pactum reservati dominii. Straßb. Diss. 1875.
Titze, Recht der Schuldverhältnisse (in der Kohlrausch-Kaskel'schen Enzyklopädie), 3. Aufl. Bln. 1928.
Unger, Die Ersatzaussonderung im Konkurse. Bresl. Diss. 1929.
Warneyer, Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch, Bd. 1, Tüb. 1930.
v. Wilmowski-Kurlbaum, Reichskonkursordnung, 6. Aufl. Bln. 1906.
Ziegler, Gefahrübergang b. Kauf unter Eigentumsvorbehalt. JW. 1910, S. 798.

Zeitschriften und Sammelwerke

Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (Jher. Jb.)
Juristische Rundschau (Jur. Rundsch.)
Juristische Wochenschrift (J.W.)
Leipziger Zeitschrift für das deutsche Recht (L. Z.)
Mitteilungen der Industrie- und Handelskammer Berlin
Seufferts Blätter für Rechtsanwendung (Seuff. Bl.)
Seufferts Archiv (Seuff. Arch.)
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht (ZHR.)
Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß (ZZP.)
Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat (ZBlFG.)
Entscheidungen des Reichsgerichts (RGE.)
Entscheidungen der Oberlandesgerichte (OLG.)

INHALTS-VERZEICHNIS.

Seite

§ 1. **I. Einleitung:** Die Erfüllung des Vorbehaltskaufvertrags (§ 455 BGB.) im Sinne des § 17 KO. als Gegenstand der Arbeit. 1

§ 2. **II. Erfüllung und Leistung im allgemeinen.** 2

§ 3. **III. Der Eigentumsübergang als Erfüllungszeitpunkt des § 17 KO.** 4

§ 4. **IV. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts.** 9

V. Ansichten, die die Erfüllung bejahen, trotz mangelnden Eigentumsüberganges.

§ 5. 1. Gegenstand des Vorbehaltskaufvertrags die Anwartschaft, nicht das Eigentum? 11

§ 6. 2. Ist die Eigentumsverschaffungspflicht des § 433 BGB. gleichbedeutend mit der Pflicht zur Vornahme der erforderlichen schuldnerischen Handlungen? . . . 14

§ 7. 3. Erfüllung im besonderen Sinne des § 17 KO. die Leistungshandlung, nicht der Leistungserfolg? . . . 15

§ 8. Fortsetzung. 22

§ 9. **VI. Analoge Anwendbarkeit des § 320 II BGB. auf die Erfüllung des § 17 KO.?** 28

VII. Rechtsfolgen der Wahl zwischen Erfüllung u. Nichterfüllung.

§ 10. 1. Folgen im Konkurse des Verkäufers. 29

§ 11. 2. Folgen im Konkurse des Käufers. 35

§ 12. 3. Insbesondere: Zulässigkeit der Ersatzaussonderung im Käuferkonkurs. 36

§ 1.

I. Einleitung: Die Erfüllung des Vorbehaltskaufvertrags (§ 455 BGB.) im Sinne des § 17 KO. als Gegenstand der Arbeit.

Die vorliegende Arbeit setzt es sich zur Aufgabe, die Frage einer erneuten Prüfung zu unterziehen, wie ein Kaufvertrag zu behandeln sei, wenn der Verkäufer sich das Eigentum an der Kaufsache nach § 455 BGB. vertraglich vorbehalten und sie übergeben hat und darauf einer der Vertragsteile in Konkurs fällt, ohne daß der Kaufpreis völlig entrichtet wurde.

Die überwiegende Ansicht nimmt in diesem Falle einen im Sinne des § 17 KO. unerfüllten Vertrag an und gibt daher sowohl im Konkurse des Käufers als auch in dem des Verkäufers dem Konkursverwalter das bekannte Wahlrecht zwischen Erfüllung und Nichterfüllung.

Gegen diese Auffassung sind in letzter Zeit beachtliche Angriffe erhoben worden, die zu erneuter Abwägung der Gründe und Gegengründe veranlassen. Dabei kommt die vorliegende Arbeit zu dem Ergebnis, daß an der herrschenden Meinung festzuhalten ist.

Im Anschluß an dieses Ergebnis ist dargestellt, welche Rechtslagen durch die Wahl des Konkursverwalters des Käufers und des Verkäufers entstehen können.

Trotz der Ueberschrift „Der Vorbehaltskaufvertrag im Konkurs" erhebt die Arbeit keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Aus der Reihe der Fragen, die das Thema umfaßt, sind vielmehr nur die wichtigsten behandelt.

§ 2.

II. Erfüllung und Leistung im Allgemeinen.

Vor der Beantwortung der besonderen Frage, wann die Erfüllung im Sinne des § 17 KO. beim Vorbehaltskaufvertrag eingetreten sei, ist es zweckdienlich festzustellen, was im bürgerlichen Recht ganz allgemein zur Leistung und Erfüllung gehört. Erst nach Darstellung der Meinungsverschiedenheiten, die das allgemeine Problem der Erfüllung und Leistung hervorgerufen hat, ist es möglich, ein Sondergebiet, nämlich die an § 17 KO. und den Eigentumsvorbehalt sich anschließende Streitfrage, zu untersuchen.

1. Eine viel vertretene Auffassung geht dahin, daß der Begriff der Leistung und Erfüllung doppelsinnig[1]) sei. Einmal, z. B.

1) Planck-Siber, S. 16 f.; Oertmann, Vorbem. 5 vor § 241.

im § 443 BGB. werde er gebraucht im Sinne des Leistungserfolges, oder, wie Siber es ausdrückt, im Sinne des Bekommensollens, also in der Sicht vom Gläubiger her.

Das andere Mal, z. B. im § 242 BGB., werde er in dem Sinne der Leistungshandlung verwandt. Maßgebend sei hier die Sicht aus der Richtung des Schuldners. Siber spricht hier von der Leistung im Sinne des Leistensollens.

Diese Ansicht erkennt an, daß zur Schuldtilgung der Leistungserfolg notwendig ist[2]), und begründet dies zutreffend aus Geschichte und geltendem Recht. In Rom schon habe der Schuldner bei der Stipulation vielfach versprochen, daß ein Geldbetrag „gegeben werden" solle (centum dari). Es sei also die passivische Form gebraucht worden, durch die deutlich wurde, daß die Erfolgsherbeiführung Schuldnerpflicht sei. Gleiches gelte von Wendungen wie „insulam fieri".

Noch heute gebe das BGB. als Leistungsgegenstand bei Regelung der typischen Schuldverhältnisse immer Erfolge an. So habe der Verkäufer Besitz und Eigentum zu „verschaffen" (§ 433 I BGB.), der Werkunternehmer das Werk „herzustellen" (§ 631 BGB.), der Dienstverpflichtete die Dienste abzuleisten, deren bloße Entrichtung auch schon die Herstellung eines Erfolges in diesem Sinne darstellt[3]).

Für diesen Sinn des Leistungsbegriffs spricht ferner die Regelung des Annahmeverzugs im § 295 BGB., der von einer Mitwirkung des Gläubigers bei der Leistung spricht, was nur Sinn hat, wenn man darunter den Erfolg versteht[4]).

Insoweit ist also dieser Lehre zuzustimmen.

Der Leistung im Sinne des Bekommensollens wird gegenübergestellt die Leistung im Sinne des Leistensollens, die Leistungshandlung. Wenn dies im einschränkenden Sinne Sibers geschieht, so ist dagegen sachlich nichts einzuwenden, und höchstens die Zweckmäßigkeit der Benennung kann zweifelhaft sein. Denn das Leistensollen macht nach Siber nicht das „Wesen der Schuld" aus sondern steht nur „in ihrem Dienste", wie etwa die Macht des Gläubigers, die Zwangsvollstreckung zu erwirken[5]). Dies Leistensollen umfaßt jene Tätigkeiten und jenes Unterlassen, das nötig ist, den Erfolg herbeizuführen, z. B. Beschaffung der verkauften Ware, Unterlassung ihrer Beeinträchtigung usw. Zuzustimmen ist dieser Lehre solange, als sie richtig im Auge behält, daß diesen Pflichten keine selbständige Bedeutung zukommt[6]), insbesondere, daß ihre Befolgung noch nicht die Schuldtilgung herbeiführt und daß andererseits ihre Nichtbefolgung nur dann zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung verpflichtet,

2) Siber, Jh. Jb. 50, S. 175; Oertmann ZHR. 1929, S. 369.
3) Siber Jher. Jb. 50, S. 174.
4) Siber, a.a.O.
5) Siber, Jher. Jb. 50 a.a.O.
6) Siber, Jher. Jb. 50, S. 179.

wenn das Ausbleiben des Erfolgs[7]) dadurch verursacht wird. Für die regelmäßigen Fälle, in denen der Schuldner nicht für den Erfolg garantiert hat, gilt daher Sibers Formel, die etwa lautet: „Die Nichtbefolgung des Leistensollens bildet den objektiven Tatbestand der Schadensersatzpflicht wegen der Nichterfüllung der Schuld" [7a]).

Abzulehnen sind dgegen Versuche, die vollzogene Leistungshandlung bereits zum selbständigen Tatbestand zu erheben, insbesondere, sie als denjenigen Tatbestand hinzustellen, an den das Gesetz schon vor der Erfüllung Rechtswirkungen knüpfe wie die des Gefahrübergangs[8]) oder des Annahmeverzugs. Abzulehnen endlich ist auch die auf dem Begriff der Leistungshandlung aufbauende Oertmannsche Lehre vom Leistungsort[9]). Darauf wird bei der Untersuchung der Zweifel näher einzugehen sein, die bei der Frage der Anwendung des § 17 KO. auf den Vorbehaltskaufvertrag entstanden sind.

2. Eine andere Gruppe von Schriftstellern geht in der Verselbständigung der Leistungshandlung sogar so weit, einzig und allein sie als den Gegenstand des Forderungsrechts zu bezeichnen[10]). Nach ihrer Ansicht hat der Gläubiger nur eine bestimmte Kraftanstrengung, nicht den Erfolg zu verlangen.

Dagegen spricht aber der Wortlaut der oben angeführten Vorschriften der §§ 433, 611, 631 und 295 BGB. Richtig wird ferner dagegen angeführt, daß nicht nur bloße Unmöglichkeit der Handlungen denkbar ist, sondern auch eine Unmöglichkeit des Erfolges nach Abschluß der Handlungen[11]).

Daß das Schuldverhältnis auf den Erfolg, nicht auf die Kraftanstrengung oder die Handlung gerichtet ist, zeigt sich endlich, wenn vor Handlungsvornahme die Unerreichbarkeit des Erfolgs bereits feststeht. Hier ist der Verpflichtete ganz entbunden und braucht die noch mögliche Kraftanstrengung gar nicht erst zu unternehmen[12]). Wenn auch die Vertreter der hiermit abgelehnten Ansicht ein anderes Ergebnis kaum billigen werden, so zeigt dieser Einwurf doch die mangelnde Brauchbarkeit dieser Auffassung.

3. Nach richtiger Ansicht hat jedes Schuldverhältnis den Erfolg zum Gegenstand[13]), und es empfiehlt sich, von Leistung und Erfüllung nur im Sinne der Erfolgsherbeiführung zu sprechen. Dem Gesetz wohnt grundsätzlich dieser Sprachgebrauch inne. Dies wird unten näher darzulegen sein. Richtig ist, daß sich die

7) Siber, a.a.O.
7 a) Siber, a.a.O.
8) Oertmann, a.a.O. u. ZHR. 1929, S. 365.
9) Oertmann, Seuff. Bl. f. Ra., Bd. 73, S. 385 ff.
10) Kleineidam, S. 15; Brecht, Jher. Jb. 53, S. 229 u. S. 242; Schloßmann, Jher. Jb. 45, S. 105 u. 110; Krückmann, LZ. 1929, Sp. 15, 16.
11) Oertmann, ZHR. 1929, 363.
12) Brodmann in Ehrenbergs Handb. IV 2, S. 299, Anm. 6.
13) Leonhard, Allgem. Schuldr., S. 42.

Leistung aus drei Teilen zusammensetzt, nämlich aus dem, was dem Schuldner, dem, was dem Gläubiger zu tun obliegt und dem, was sonst geschehen muß[14]); aber einen dieser Teile herauszugreifen und ihn als Leistung zu bezeichnen, empfiehlt sich wegen der dadurch entstehenden Gefahr der Verwechselung und wegen des entgegenstehenden gesetzlichen Sprachgebrauchs nicht.

§ 3.

III. Der Eigentumsübergang als Erfüllungszeitpunkt des § 17 KO.

Die Antwort auf die Frage unserer Arbeit, ob der Vorbehaltskaufvertrag des § 455 BGB. bereits mit der Anwartsschaftsverschaffung oder erst mit dem Eigentumsübergang im Sinne des § 17 KO. erfüllt sei, ergibt sich z. T. schon aus dem, was über die Begriffe Leistung und Erfüllung ganz allgemein dargelegt wurde.

1. Die richtige und auch überwiegende [1]), allerdings von beachtlicher Seite neuerdings wieder bekämpfte [2]) Ansicht entscheidet sich für das Erfordernis des Eigentumsübergangs. Für die herrschende Ansicht spricht die Formulierung, die das Gesetz in § 17 KO. wählt:

„Wenn ein zweiseitiger Vertrag . . . nicht oder nicht vollständig erfüllt ist . . . so kann der Konkursverwalter . . . erfüllen und die Erfüllung verlangen."

Auf diese objektive Fassung, die der des Abschnitts des BGB. über das Erlöschen der Schuldverhältnisse entspricht, ist deshalb besonders Gewicht zu legen, weil dem Gesetz eine subjektive Bezeichnung für nur einen Teil dessen, was zum Erfolg nötig ist, in § 243 II BGB. nicht fremd ist. Der vom Schuldner zu erbringende Erfolg ist dort gerade in Gegensatz gebracht zu einem Tatbestand, der dem Erfolg gegenüber nur vorbereitende Bedeutung hat [3]:

„Hat der Schuldner das zur Leistung einer solchen Sache seinerseits Erforderliche getan, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf diese Sache."

Es tritt also bei der Gattungsschuld durch die Vollendung der

14) Leonhard, Allgem. Schuldr., S. 95.

1) Jaeger, Anm. 10 u. 11 zu § 17; Menzel, Anm. 2 zu § 17; Sarwey-Bossert, Anm. 2a zu § 17, S. 100; Staub-Koenige, Anh. zu 382, Anm. 90; Jaffé, S. 88; Sternberg, JW. 1913, S. 851; Hellmann, S. 265, Anm. 3; Fromherz, ZZP., Bd. 38, S. 52, Anm. 6a. Ende; RGR. — Komment. § 455, Bem. 6; Brecht, S. 298; Warneyer, Bem. 1 zu § 455; weitere Lit.-Ang. bei Oertmann, Komm.Bem. 4 zu § 455; Etzold, S. 38, Anm. 22; Sandrock, S. 71, Anm. 44.

2) von: Oertmann, LZ. 1927, Sp. 9 f., ZHR. 1929, S. 397; Komm.Bem. 4 zu § 455; Rühl, Eigentumsverhalt, S. 204 f.; ZZP. 1931, S. 170; Sandrock, S. 80; Auerbach, S. 68; Stulz, JW. 30, S. 2772 und schon früher besonders: Flatau, S. 40, Wilmowski-Kurlbaum, S. 96; Lubowski, ZBl. FG., Bd. 9, S. 69.

3) Leonhard, Allgem. Schuldr., S. 43; Jaeger, § 17 a.a.O.; Adler, Bd. 86, S. 307, Anm. 50.

Handlung nur Konkretisierung, Inhaltsänderung, nicht Untergang des Schuldverhältnisses ein. Ueber Stückschulden sagt das Gesetz dort nur deshalb nichts, weil ihre Vereinfachung nicht mehr einzutreten braucht, da sie von vornherein konkretisiert sind. Man muß daher der Vorschrift ein Gleiches entnehmen über den Fortbestand (das Unerfülltsein) von Stückschulden nach der schuldnerischen Handlungsvornahme.

Der Zugrundelegung der Erfolgsherbeiführung als Erfüllung im Sinne des § 17 KO. steht auch nicht im Wege das Wort „verlangen". Die Gegner schließen aus diesem Wort, daß mit der Erfüllung in § 17 KO. nur Handlungen gemeint seien, da nach deren Vornahme vom Gegner nichts mehr verlangt werden könne[4]). Dem kann aber entgegengehalten werden, daß „verlangen" hier gleichbedeutend ist mit „bestehen auf" im zweiten Absatz der Vorschrift[5]). Die Auffassung, der Konkursverwalter „verlange" die Erfüllung, „bestehe darauf", wenn er sie durch seine Zahlung gegebenenfalls herbeiführt[6]), kann aus dem Wortlaut der Bestimmung jedenfalls nicht widerlegt werden.

2. Auch aus dem Zweck[6a]) des § 17 ist zu folgern, daß die Vorschrift des Erlöschens des Schuldverhältnisses bei dem Verlangen der volständigen Erfüllung im Auge hat: Der § 17 KO. will die gegenseitige Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung auch im Konkurse möglichst lange aufrecht erhalten. (Vergl. dazu S. 23 ff.). Zur Untersuchung der Frage, ob die hier vertretene Anwendbarkeit des § 17 auf den Vorbehaltskauf mit dem Zweck des § 17 vereinbar ist, seien die Ergebnisse der hier vertretenen Ansicht schon kurz dargestellt.

Legt man normale Verträge zu Grunde, so wird dieser Zweck nur dann völlig erreicht, wenn man den Erfolg, nicht schon die Handlungsvornahme entscheidend sein läßt. Freilich ist der Schutz, den § 17 so gewährt, kein unbedingter. Hat ein gewöhnlicher Verkäufer z. B. den Hauptteil seiner Ware an den Käufer, den späteren Gemeinschuldner, geliefert, aber nur einen kleinen Teil oder nichts vom Kaufpreis erhalten, und wählt dann der Konkursverwalter die künftige Nichterfüllung, so erlöschen für die Zukunft die Erfüllungsansprüche[7]). Der Verkäufer erhält dann einen anteilmäßigen, also mageren Nichterfüllungsschadensersatz, ohne die übereigneten Waren wieder zu bekommen, und ist dafür nur von der Leistung des geringen, noch ausstehenden Teils seiner Leistung befreit. Er steht dann fast ebenso schlecht da, wie dann, wenn die Sonderregelung des § 17 nicht bestünde.

Hat der Verkäufer dagegen schon alle geschuldeten Sachen übereignet, so ist seine Lage mindestens ebenso ungünstig oder

---

4) U. a. Rühl, ZZP. 1931, S. 167.
5) Jaeger, § 17, Anm. 11.
6) Jaeger, a.a.O.
6 a) Jaeger, Anm. 10 zu § 17.
7) Jaeger, § 17 KO., Anm. 43.

schlechter. § 17 KO. findet dann keine Anwendung, da ja der Verkäufer vollständig erfüllt hat. Er kann dann also den Kaufpreis lediglich als Konkursforderung anmelden (§ 61 Ziff. 6 KO.).

Um diese Verluste zu vermeiden, mit denen er bei Stundung des Kaufpreises rechnen muß, behält er sich daher zweckmäßig das Eigentum vor (§ 455 BGB.). Im Falle der Erfüllungswahl steht er dann ebenso da, wie bei der Erfüllung eines gewöhnlichen Kaufvertrags. Er erhält den Kaufpreis als Masseforderung (§ 59 KO.).

Im Falle der Nichterfüllungswahl dagegen verbessert sich seine Lage durch den Vorbehalt wesentlich. Da durch die Nichterfüllungswahl die gegenseitigen Erfüllungsansprüche trotz Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses erlöschen[8]), geht nach richtiger und herrschender Ansicht das Besitzrecht des Konkursverwalters unter[9]), das nur im Hinblick auf die künftige Erfüllung seine Berechtigung hatte. Der Verkäufer kann also sein Eigentum einredefrei herausverlangen. Die außerkonkursrechtliche Höhe seines Schadens mindert sich um den Wert der ausgesonderten Stücke. Der Verkäufer braucht darum nur einen geringeren Schaden geltend zu machen und fällt infolgedessen nur mit einem geringeren Teile aus. Sind die Sachen abgenutzt, so ist die Schadensminderung freilich entsprechend geringer, und wenn die Wertminderung erheblich und anderseits schon ein erheblicher Teil des Kaufpreises gezahlt ist, so gestaltet sich dieser „Schutz" zu seinen Ungunsten. Er bekommt abgebrauchte Ware und nur anteilsmäßigen Schadensersatz und zahlt den fast völlig bezahlten Kaufpreis in voller Höhe zurück, während er gern den Preis behalten und auf Ware und Schadensersatz verzichtet hätte[10]).

Der Eigentumsvorbehalt sichert also nicht in jedem Fall gegen Verlust. Aber das darf nicht als Grund gelten, den § 17 KO. überhaupt für unanwendbar zu erklären, eine Folgerung, die in der Tat gezogen wird[11]). Wäre § 17 KO. unanwendbar, so bliebe dem Verkäufer nur die Wahl, sich mit der gewöhnlichen anteilsmäßigen Kaufpreisforderung zu begnügen oder die Ware auszusondern auf Grund seines Rücktritts und seines vorbehaltenen Eigentums, welch letzteres in der Tat auch noch nach Konkurseröffnung möglich ist[12]) (§§ 43 KO., 985, 455 BGB.).

Das aber würde wieder für eine große Zahl anderer Fälle eine Benachteiligung des Käufers bedeuten. Während er bei Anwendbarkeit des § 17 KO. neben der Rücknahme einen (wenn auch nur anteilsmäßigen) Schadensersatz erhält, würde dieser

8) Jaeger, a.a.O.; Staub-Koenige, Anh. zu § 382, Anm. 90 b; Proskauer, S. 223; Jaffé, S. 90.

9) Jaeger, § 17, Anm. 14.

10) Rühl, Eigentumsvorbehalt, S. 207.

11) Rühl, Eigentumsvorbehalt, a.a.O.; Stulz, JW. 1930, S. 2772.

12) So auch Oertmann, LZ. 1927, Sp. 10; Rühl, ZZP. 1931, S. 169 und RGE. 56, 241.

nach der abgelehnten Ansicht wegen des Rücktritts entfallen. Es sind also auch Fälle denkbar, wo die Ergebnisse der gegnerischen Ansicht härter sind als die der hier vertretenen.

Aufrecht zu erhalten sind die Ergebnisse der hier verteidigten Ansicht auch im Konkurse des Verkäufers. Wählt der Konkursverwalter hier die Erfüllung, so behält er den Anspruch auf den Kaufpreis und der Käufer die Anwartschaft auf die unter Vorbehalt übertragene Sache. Entscheidet sich der Konkursverwalter dagegen für die Nichterfüllung, so kann auch er die Ware zurücknehmen. Der Käufer hat lediglich eine Forderung auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, die als Konkursforderung geltend zu machen ist. Die Nichterfüllungswahl führt beim Eigentumsvorbehalt des Verkäufers in dessen späterem Konkurse also in der Tat zur Benachteiligung des Käufers. Was diesem hierbei widerfährt, ist aber das gemeinsame Schicksal aller Konkursgläubiger.

Von gegnerischer Seite wird gegen dies Ergebnis mit der Begründung angegangen, die herrschende Ansicht ermögliche es so dem Konkursverwalter, den Eintritt der Rechtswirkungen der erbrachten Erfüllungshandlungen zu verhindern[13]). Aber dieser Einwurf kann nicht gelten, da das Gesetz an die Erfüllungshandlung allein eine hier in Betracht kommende Wirkung nicht knüpft. Die Rechtswirkung der Schuldtilgung ist ja nicht allein von der Erbringung der schuldnerischen Handlung abhängig, sondern noch von anderen Umständen wie der Mitwirkung des Gläubigers und sonstigem Geschehen[14]). Eine Uebereignungspflicht ist beispielsweise erst erfüllt, wenn der Empfangsberechtigte seine dingliche Einigungserklärung abgegeben hat, dagegen nicht bereits nach einem gehörigen Angebot des Schuldners.

Der § 455, auf den das von den Gegnern angefochtene Ergebnis zurückgeht, hat ja gar nicht den Schutz des Käufers im Auge, sondern den des Verkäufers, dem (im Käuferkonkurs) an der Anwendung des § 17 sehr gelegen sein kann.

Zugegeben werden muß, daß die hier vertretene Ansicht zu Härten führen kann, so, wenn im Verkäuferkonkurs der Verwalter eine fast ganz bezahlte, kaum entwertete Sache zurücknimmt und den Käufer mit einem quotenmäßigen Schadensersatz abspeist (vergl. S. 34 ff.), oder wenn er im Käuferkonkurs eine fast unbezahlte und durch Abnutzung entwertete Sache dem Verkäufer zurückgibt und ihm den erlittenen Schaden nur quotenmäßig ersetzt. Diese Bedenken der Gegner sind immerhin beachtlich, aber nicht durchschlagend[15]). Diese Unbilligkeiten wären nur vermeidbar, wenn man die Erfüllung des § 17 KO. im Sinne der Gegner auslegte. Doch das ist abzulehnen (s. u. § 7 u. 8). Auch wo im Einzelfall ein Gesetz wie hier, unbillig ist,

13) Rühl, Eigentumsvorbehalt, S. 207; ZZP. 1931, S. 168.
14) Leonhard, Allgem. Schuldr., S. 95.
15) Vgl. Bendix, JW. 1930, S. 1362, der die Bedenken für übertrieben hält.

verlangt es Anwendung. Abhelfen kann hier nicht der Gesetzanwender, sondern nur der Gesetzgeber[16]).

3. Unerfüllt ist der Vorbehaltskaufvertrag in dem hier zur Erörterung stehenden Stadium, wie richtig hervorgehoben wird[17]), auch deswegen, weil der Käufer noch gar nicht den ihm endgültig zukommenden Eigenbesitz an der Sache erlangt hat, sondern einen beschränkteren, der dem eines Verwahrers oder Verwalters entspricht[18]). Vom Verkäufer geschuldet ist bis zur Zahlung nicht die bloße Besitzübertragung, sondern die Gewährung eines Besitzrechts. Die Pflicht zu dieser Gewährung ist vor dem Eigentumsübergang jeweils nur für die Vergangenheit erfüllt, während sie für den noch ausstehenden Teil der Zeit fortbesteht[19]).

4. Zum Beweise der Unerfülltheit kann freilich nicht angeführt werden, der Käufer sei, damit das Eigentum übergehe, verpflichtet, den Kaufpreis entgegenzunehmen. Solche Pflicht läßt Fromherz[20]) aus dem obligatorischen Vertrag erwachsen bei der Darlegung der Pfändbarkeit sogen. Leihmöbel. Die Entgegennahme des Preises ist aber keine Schuldnerpflicht, sondern nach richtiger Ansicht nur Gebot des eigenen Interesses[21]). Auch ohne eine Verpflichtung des Gläubigers zur Annahme des Geldes ist der Schuldner nicht hilflos: Der Schuldner kann sich freimachen, indem er unter Rücknahmeverzicht hinterlegt[22]) (§ 378 BGB.). Auch wird richtig darauf hingewiesen, daß im Falle der Annahmeverweigerung eine Bedingungsvereitelung vorliegen kann, durch welche die Wirkung der vereitelten Bedingung herbeigeführt würde[23]) (§ 162 BGB.). Die letzte Möglichkeit kann deshalb bedeutsam werden, weil zwischen der Verweigerung der Annahme und der Möglichkeit der Hinterlegung nach § 162 BGB. oft notwendig ein gewisser Zeitraum liegt. Der Eigentumsübergang tritt im konkreten Falle dann schon früher ein, wenn eine Bedingungsvereitelung vorliegt. Noch weniger ist es angängig, wie Fromherz[24]) will, schon auf § 162 BGB. eine Verpflichtung des Verkäufers zu gründen, eine wider Treu und Glauben verstoßende Vereitelung der Bedingung zu unterlassen. Richtig ist Göttes Widerspruch dagegen[25]): Der § 162 BGB. gewährt viel mehr als einen Unterlassungsanspruch. Er setzt die

16) Vgl. dazu die von Rühl angegebenen Tageszeitungen ZZP. 1930, S. 165; A. A. Rühl, a.a.O.
17) Jaffé, S. 17.
18) RGE. 64, 337.
19) Jaffé, a.a.O.
20) ZZP., Bd. 39, S. 487; ähnlich Bendix, Blätt. f. Rechtspflege des Kammergerichts 1907, S. 15.
21) Rühl, ZZP. 1931, Bd. 56, S. 169.
22) Nagel, S. 55; Flatau, S. 43; Rühl, a.a.O.; Oertmann, Bem. 4 zu § 455.
23) Flatau, a.a.O.; Rühl, a.a.O. und Eigentumsvorbehalt, S. 194.
24) a.a.O.
25) Götte, S., 38.

Verhinderung der Bedingung deren Eintritt gleich. Ein „präventiver Rechtsschutz" ist hier überflüssig.

5. Die Unerfülltheit unseres Vertrags zeigt sich aber, wenn der Verkäufer, dem ja die Sache nach der Uebergabe noch bis zur Bezahlung gehört, die Eigentumsklage erhebt. Die Einrede des Käufers, die dieser Klage fraglos entgegensteht (exceptio rei venditae et traditae), muß sich auf irgend einen Anspruch gründen[26]). Dies ist der Anspruch aus dem Kaufvertrag, der im vorliegenden Falle zunächst nicht auf Uebereignung und Uebergabe sondern auf Uebergabe und ungestörten Besitz geht.

§ 4.

IV. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts.

(Billigenswertes Ergebnis. Bedenken gegen die Begründung).

Zu dem bisher vertretenen Ergebnis der Unerfülltheit gelangt auch das Reichgericht, freilich nicht mit durchweg billigenswerter Begründung.

1. Es geht zwar von der richtigen Auffassung aus, daß es der Erfolg sei, den der Schuldner, hier der Verkäufer, zu bewirken habe:

„Erfüllung ist Leistung des nach dem Inhalt des Vertrags Geschuldeten. Wenn, wie hier die Leistung des Verkäufers in der Uebertragung des Eigentums besteht, so kann unmöglich gesagt werden, die Leistung sei erfüllt, solange das Eigentum beim Verkäufer verbleibt" [1]). Unwesentlich sei, daß der Eigentumsübergang künftig nur vom Käufer abhänge [2]).

Verdienen diese Ausführungen Beifall, so kann dies jedoch nicht gelten von dem, was das Reichsgericht zur Begründung des Fortbestands der Verpflichtung geltend macht:

„Der Wille des Verkäufers, Eigentum zu übertragen, muß in dem Moment vorhanden sein, in welchem die Bedingung eintritt. . . . Der dingliche Vertrag wird erst dann geschlossen, wenn die Bedingung eintritt" [3]).

Mit Recht ist diese Begründung fast allgemein abgelehnt worden; selbst von solchen Schriftstellern, die das Ergebnis des Reichsgerichts billigen [4]). Denn richtiger Ansicht nach geht das Eigentum unabhängig vom Willen der Parteien im Augenblick der Zahlung über. Denn schon beim Kaufabschluß oder bei der Uebergabe wird das dingliche Verfügungsgeschäft geschlossen und zwar bedingt, also mit aufgeschobener Wirkung, die nach § 158 I BGB. lediglich vom Eintritt der Bedingung abhängt.

---

26) Vgl. Nagel, S. 56.

1) RGE. 64, 336; 95, 107.

2) 64, 206 (RGE.).

3) RG. a.a.O.

4) Jaffé, S. 88; Brecht, Jher. Jb., Bd. 61, S. 298; Schantz, S. 508; Nagel, S. 55; Sandrock, S. 72.

Für die alleinige Maßgeblichkeit der Zahlung sprechen auch praktische Gründe. Die Parteien machen sich nämlich oft gar nicht klar, wann der Kaufpreis völlig gezahlt ist, z. B. in dem alltäglichen Falle, daß der Käufer seiner Bank einen laufenden Auftrag zur Ratenzahlung an die Bank des Verkäufers gibt. Wenn hier trotz völliger Tilgung die dingliche Einigung aus Versehen unterbleibt oder infolge von Meinungsverschiedenheiten über die Vollständigkeit der Zahlung hinausgezögert wird, so müßte in einem nunmehr ausbrechenden Konkurse des Verkäufers die Sache zur Masse gehören, da ja die dingliche Einigung unterblieben und ein Anwartschaftsrecht noch gar nicht erlangt worden ist [5])!

Ferner spricht der Wunsch nach Einfachheit des Rechtsverkehrs gegen das Reichsgericht. Denkbar wäre z. B. der Fall, daß der Verkäufer unter willkürlicher Verrechnung [6]) beiderseitiger Forderungen ein Recht zu vorläufiger Verweigerung seiner dinglichen Einigungserklärung vorschützte. Dann wäre eine Klage des Käufers nötig. Nach der hier vertretenen Auffassung dagegen ist er in diesem Falle bereits Eigentümer, eine Klage also nicht erforderlich.

2. Ein weiteres Bedenken steht den Worten entgegen: „Der Wille muß noch vorliegen . . .". Möglich ist, daß das Reichsgericht sich hier nur im Ausdruck vergriffen hat und es mit dem Wort „Wille" die Erklärung des Willens meint. Sollte das RG. aber wirklich, wie es dem Wortlaut nach den Anschein hat, es auf den bloßen Willen abstellen, so befindet es sich im Irrtum.

Denn wenn wirklich das dingliche Geschäft noch ausstünde, so könnte es nur durch eine Vornahme nachgeholt werden, die den Vorschriften des BGB. über Willenserklärungen genügt (§ 116 f.). Nach diesen ist einerseits eine Erklärung des Willens unerläßlich, anderseits ein Fehlen des Geschäftswillens unerheblich, wenn eine ernstliche Erklärung vorliegt. Nötig ist lediglich das sogen. Aeußerungsbewußtsein, (nämlich das Bewußtsein des Erklärenden über die Tatsache, daß er überhaupt etwas äußert) und der Mitteilungswille, der Wille, den Gegner in den Glauben zu versetzen, beim Erklärenden liege ein dem Inhalt seiner Erklärung entsprechender Geschäftswille vor [7]). Dies beweisen die einzelnen Vorschriften der §§ 116 ff:

Beim geheimen Vorbehalt ist die Erklärung gültig, obwohl der Geschäftswille fehlt, denn Aeußerungsbewußtsein und Erklärungswille liegen vor (§ 116 BGB.). — Beim Scheingeschäft ist die Erklärung nichtig, denn das Aeußerungsbewußtsein liegt zwar vor, aber der oben bestimmte Mitteilungswille fehlt (§ 117 I BGB.). — Der arglosen Scherzerklärung fehlt nicht das Erklärungsbewußtsein, aber der Mitteilungswille, der Wille, den Geg-

5) Hein, S. 275.
6) Hein, a.a.O.
7) Leonhard, Lehrbuch in kurzen Sätzen, S. 33.

ner in einen ernstlichen Glauben über den Geschäftswillen seines Gegners zu versetzen, fehlt. Daher mangelt ihr jede Wirksamkeit, auch wenn der Erklärungsgegner unvorhergesehenerweise getäuscht wurde (§ 118 BGB.). Umgekehrt bindet der sog. böse Scherz, da ihm gerade der Mitteilungswille eignet. Der Mangel des Geschäftswillens führt beim Irrtum (§ 119 BGB.) zu bloßer Anfechtbarkeit, nicht zur Nichtigkeit, denn Aeußerungsbewußtsein und Mitteilungswille liegen vor[8]).

Aus dem Angeführten ergibt sich die Erforderlichkeit einer Erklärung. Wenn daher das RG. den Willen fordert, so verlangt es zu viel: der (innere) Geschäftswille ist nicht nötig für die Gültigkeit eines Vertrags; — und anderseits zu wenig: eine Erklärung wäre unerläßlich, wenn das dingliche Geschäft wirklich nachgeholt werden müßte. —

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts war in der Frage nicht immer gleichmäßig. An anderer Stelle erkennt das RG. richtig die wahre Natur des dinglichen Geschäfts; so in den älteren Entscheidungen 60,73 und 66,349 sowie in JW. 1925, S. 354, Nr. 6 a. E., wo es richtig eine aufschiebend bedingte Einigung bei Abschluß des obligatorischen Vertrags oder bei der Uebergabe annimmt, ohne das Erfordernis einer weiteren Willenseinigung.

V. Ansichten, die die Erfüllung bejahen trotz mangelnden Eigentumsüberganges.

§ 5.

1. Gegenstand des Vorbehaltskaufvertrags die Anwartschaft, nicht das Eigentum?

Eine Gruppe von Schriftstellern verneint notwendig die Anwendbarkeit des § 17 KO. auf den Vorbehaltskaufvertrag, bei dem erst bedingt übereignet worden ist, weil sie annimmt, der Vorbehaltskäufer sei nicht, wie beim regelmäßigen Kaufvertrag, zur Eigentumsübertragung verpflichtet, sondern nur zur Uebertragung des aufschiebend bedingten Eigentums, also nur zur Verschaffung einer dinglichen Anwartschaft[1]). Der normale Inhalt des Kaufvertrags ist nach ihrer Ansicht abgeändert.

1. Dagegen spricht zunächst der Zweck des § 455 BGB., der lediglich die Sicherungen des Verkäufers im Auge hat[2]). Ist dieser Zweck auch durch eine Konstruktion erreichbar, die nicht zu einer Abweichung vom regelmäßigen Kaufvertrage zwingt, so ist diese Konstruktion vorzuziehen. M. E. liegt ein

8) Vgl. über die angeführten Bestimmungen Leonhard, Lehrb. i. k. S., S. 33/34.

1) Flatau, S. 40; Kreß, S. 414, Anm. 59; Ziegler, JW. 1910, S. 798; Titze, S. 94, Anm. 1; weitere Lit.Ang. bei Etzold, S. 34.

2) Rühl, Eigentumsvorbehalt, S. 193.

einfacher Kaufvertrag vor. Richtig gesehen, ist nämlich der Verkäufer mit Verschaffung der Anwartschaft seinen vertraglichen Pflichten nicht restlos nachgekommen, sondern nur einer Pflicht zu teilweiser Vorleistung[3]). Geschuldet ist das Volleigentum, jedoch haben die Parteien eine bestimmte Reihenfolge der von ihnen geschuldeten Leistungen vereinbart, durch die sowohl das Interesse des Verkäufers an der Sicherung seiner Kaufpreisforderung gewahrt bleibt, als auch das des Käufers an der Möglichkeit, die Kaufsache schon vor völliger Bezahlung nutzen zu können. Zur Ermöglichung dieses Interessenausgleichs ist die Verpflichtung des Verkäufers in zwei Teilleistungen zerlegt, von denen die eine die Steigerung der anderen bildet. Durch den Kaufvertrag nach § 433 BGB. wird der Verkäufer zur sofortigen Verschaffung des Besitzes und einer nach § 161 BGB. sicheren dinglichen Anwartschaft verpflichtet. Diese Verpflichtung bildet die Vorleistungspflicht. Der Käufer, der so schon etwas, aber noch nicht den vollen Erfolg erhalten hat, hat jetzt seinerseits den Kaufpreis zu leisten, wofür der Verkäufer den vollen Erfolg gewährt, den Eigentumsübergang. Diese Resterfüllung vollzieht sich freilich selbsttätig, aber sie ist nach der Vorstellung der Parteien doch ein notwendiges Stück zur vollen Erfüllung.

Die Gegner stoßen sich offenbar lediglich daran, daß die Vorleistung und die Restleistung derart in Verknüpfung mit einander stehen, daß die Erbringung der Vorleistung gleichzeitig die der Restleistung für den Fall sichert, daß der Käufer zahlt. Wenn Brecht sagt, der Vertrag sei als gewöhnlicher Kauf „empfunden und gewollt"[4]) so kennzeichnet er die Rechtslage in ihrem Wesen richtig, wenn auch der Ausdruck nicht ganz unbedenklich ist. Ebenso verdient er Zustimmung mit dem anschaulichen, den juristischen Vorgang allerdings nicht restlos klärenden Bilde, das er gebraucht, wenn er sagt, die für die Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung aufgestellte „automatische Klappe"[5]) ändere an dieser Verpflichtung nichts.

Die Unerfülltheit des Vorbehaltskaufvertrags wird, wie Brecht ausführt, besonders im Konkurs deutlich: „Nähme man das Gegenteil an, so könnte der Verkäufer den rückständigen Kaufpreis als Konkursforderung anmelden, die Konkursdividende darauf einziehen, und würde trotzdem das Eigentum . . . für alle Zeit behalten, da es ja von selbst nur bei völliger Tilgung übergeht."[6])

Auch der Wortlaut des § 455 BGB. kann mindestens zur Unterstützung herangezogen werden. Die Bestimmung spricht vom Verkäufer einer Sache, obwohl das BGB. in den §§ 435,

3) Jaffé, 13, S. 13; Rühl, Eigentumsvorbehalt, S. 194.
4) Brecht, S. 297 (Jher. Jb., Bd. 51).
5) Brecht, a.a.O.
6) Brecht, a.a.O.

437 den Verkäufer eines Rechts dazu in klaren Gegensatz stellt.

2. Auch ein Billigkeitsgrund[7]) spricht gegen die hier abgelehnte Ansicht. Nach ihr wäre der Verkäufer, der bedingtes Eigentum übertragen hat, zu nichts mehr verpflichtet. Ein obligatorischer Anspruch des Käufers bestünde dann gar nicht mehr[8]). Es ist nun möglich, daß ein Käufer alles bis auf einen geringen Rest bezahlt hätte (z. B. von 100 RM alles bis auf 1 RM) und daraufhin einen größeren Teil der mehreren unter Eigentumsvorbehalt verkauften Sachen nach § 320 II BGB. herausforderte, sodaß der Rest noch zur Sicherung der Restforderung ausreichte[9]). Ein solches Verlangen des Käufers wäre durchaus billig. Aber nach der Gegenansicht wäre es deshalb unberechtigt, weil § 320 II eine noch bestehende Leistungspflicht voraussetzt, die die Gegner leugnen. Man kann mit Recht bezweifeln, ob nicht ein Vertrag, der die Anwendbarkeit des Billigkeitskorrektivs des § 320 II BGB. absichtlich ausschalten wollte, wegen Unsittlichkeit nichtig wäre[10]).

Dies erhebliche Bedenken kann Etzold[11]), der dem hier vertretenen Ergebnis übrigens zustimmt, nicht zerstreuen. Er führt aus, die rechtliche Herrschaft des Verkäufers bis zur völligen Tilgung sei deshalb nicht sittenwidrig, weil der Vorbehaltskäufer die Sachen wenigstens in Besitz und Benutzung habe, die außerdem dadurch eine Wertminderung erlitten[12]). Uebereignung eines Teiles mehrerer Sachen vor völliger Bezahlung aller könne deshalb nicht verlangt werden. Dabei berücksichtigt er aber wohl nicht genügend, daß der Käufer oft ein erhebliches Interesse an der Berechtigung zur Weiterveräußerung der Sachen hat. Ihm die Möglichkeit einer straflosen Weiterveräußerung länger vorzuenthalten, als dies im Interesse des Verkäufers nötig ist, kann nicht im Sinne des Gesetzes liegen. Bei der Berechnung der Menge der Stücke, die zur Sicherung der Restforderung weiter im Eigentumsvorbehalt zu verbleiben hätten, muß freilich die durch den künftigen Gebrauch zu erwartende Wertminderung in Ansatz gebracht werden. Das Bedenken der Wertminderung durch Gebrauch entfällt sogar gänzlich, wenn es sich um Handelsware in der Hand des Wiederverkäufers handelt.

Zur Verteidigung der hier als verfehlt abgelehnten Ansicht, die die Erfüllung mit dem Zeitpunkt der Anwartschaft ansetzt, behauptet Flatau[13]), das gegenteilige Ergebnis führe dazu, daß man

---

7) Brecht, Jher. Jb., Bd. 61, S. 296.

8) So Wilmowski-Kurlbaum, § 17, Anm. 4, Abs. 2; Flatau, S. 39 f.; Liebrecht, Kammergerichts-Bl. 1905, S. 13; Lubowski, ZBl. Fr. G., Bd. 9, S. 68; Heim, Zwangsvollstr., S. 275.

9) Brecht, S. 296. (Jher. Jb., Bd. 61).

10) So auch Brecht, S. 297. (Jher. Jb., Bd. 61).

11) S. 38.

12) Etzold, S. 37.

13) S. 40.

gezwungen sei, einen bedingten[14]) obligatorischen Vertrag anzunehmen. Aber auch nach der hier vertretenen Ansicht ist der Verkäufer unbedingt zu der oben erwähnten Vorleistung der Anwartschaft verpflichtet. Die Gewährung der Restleistung (des Vollübergangs) ist zwar von dem zukünftigen Ereignis der Zahlung „abhängig"[15]). Aber es kann nicht als gewöhnliches „ungewisses" zukünftiges Ereignis im Verhältnis zwischen den Parteien gelten, weil der Käufer sich zu seiner Herbeiführung verpflichtet hat[16]). Die Pflicht zur Leistung des Volleigentums ist schon jetzt vorhanden, aber ihre Erfüllung ist solange gestundet, bis der Kaufpreis bezahlt ist. Aehnlich ist auch die Auffassung des Reichsgerichts, das in diesem Falle von einer Hinausschiebung der vollständigen Erfüllung spricht[17]).

§ 6.

2. Ist die Eigentumsverschaffungspflicht des § 433 gleichbedeudent mit der Pflicht zur Vornahme der erforderlichen schuldnerischen Handlungen?

Eine andere Ansicht kommt zur Annahme, daß der hier behandelte Vertrag erfüllt und daß damit der § 17 KO. unanwendbar sei, auf dem Wege, daß sie unter Eigentumsverschaffung weniger versteht als unter Eigentumsübertragung, nämlich nur die Vornahme der Handlungen, die auf Seiten des Verkäufers die Voraussetzung für die Eigentumsübertragung bilden[1]). Dann schon sei das Eigentum verschafft, wenn es nur vom Käufer abhänge, daß er es erwerbe.

Diese Auffassung ist aber abzulehnen, da richtiger Ansicht nach die Eigentumsübertragung eine besondere Art der Eigentumsverschaffung darstellt wie die Verbindung oder die Vermischung. Für diese Auslegung spricht auch der Wortlaut des § 455 BGB.[2]). § 455, der als eine Ausgestaltung des § 433 anzusehen ist, spricht nicht von Verschaffung, sondern von Uebertragung des Eigentums. Das deutet darauf hin, daß § 433 BGB. die „Eigentumsverschaffung" als den Oberbegriff gebraucht, oder m. a. W., daß das Gesetz die Uebertragung nur als eine Sonderform der Verschaffung ansieht[3]).

Auf die in diesem Zusammenhang in der Literatur angeführte Analogie zum Grundstückskauf[4]) kann die eben zurück-

14) Dagegen mit Recht Rühl, Eigentumsvorbehalt, S. 192; vgl. auch Thorsch, S. 16.
15) Jaffé, S. 38.
16) Jaffé a.a.O.
17) RGE. 64, 326; 95, 106.
1) Lubowski, S. 69.
2) Etzold, S. 33.
3) Aehnlich Etzold, a.a.O.
4) Lubowski, a.a.O.

gewiesene Auffassung sich nicht stützen[5]). Auch beim Grundstückskauf führten, so wird gesagt, Uebergabe und Auflassung ohne Eintragung zwar den Eigentumsübergang nicht herbei, aber die Leistung sei doch beendigt[6]). Dem ist entgegenzuhalten, daß dieser Fall des Grundstückskaufs nicht ganz analog liegt. Beim Eigentumsvorbehalt haben die Parteien der Vollerfüllung vereinbarungsgemäß selber ein Hindernis in den Weg gelegt, während beim Grundstückskauf das sich entgegenstellende Hindernis von den Parteien gerade nicht beabsichtigt ist. Aber selbst wenn man die Analogie zieht, so ergibt sich aus ihr nichts gegen die hier vertretene Ansicht. Denn beim Grundstückskauf ist es der Verkäufer, der Verzögerungen, die sich der Eintragung entgegenstellen, durch Beschwerden abzuhelfen und notfalls Gründe für berechtigte Beanstandungen des Grundbuchamts zu beseitigen hat[7]). Hier zeigt sich, daß der Erfolg geschuldet und diese Schuld vor der Eintragung unerfüllt ist[8]).

Auch folgender Gedanke dürfte endlich gegen die hier abgelehnte Auffassung sprechen: Hätte der Verkäufer wirklich schon Eigentum „verschafft", sobald der Uebergang des Eigentums nur noch vom Käufer abhängig ist, so könnte er den Eigentumsübergang beliebig auch von der Bezahlung anderer Forderungen abhängig machen, ohne gegen seine Erfüllungspflicht zu verstoßen[9]).

§ 7.

3. Erfüllung im besonderen Sinne des § 17 KO. die Leistungshandlung, nicht der Leistungserfolg?

Schwieriger ist es, eine andere Gruppe von Schriftstellern zu widerlegen, die ebenfalls die Anwendbarkeit des § 17 leugnen, sich in ihrer Begründung aber wesentlich von dem soeben Angeführten unterscheiden. Die hier in Frage stehenden Schriftsteller erkennen an, daß das Schuldverhältnis sich auf Herstellung des Leistungserfolgs richte[1]), nicht auf den bloßen Handlungsvollzug. Indessen könne der dem bürgerlichen Recht grundsätzlich innewohnende Erfüllungsbegriff bei der Auslegung des § 17 KO. nicht verwandt werden[2]): § 17 verstehe unter Erfüllung

5) Von Jaffé abgelehnt, S. 89.

6) So Fitting, § 6, Note 4; Wilmowski, § 17, Bem. 4; Schloßmann, S. 105; Hellwig-Oertmann System, S. 315.

7) Etzold, S. 40. Ebenso RG., JW. 1927, S. 2919; für § 454; für § 455 dagegen die Erfüllung schon vor der Eintragung bejahend.

8) So auch Jaeger, Anm. 11 zu § 17; Petersen-Kleinfeller, Anm. C, Nr. 6 zu § 17; Mentzel, Anm. 2 zu § 17; Sarwey-Bossert, Anm. 2 b zu § 17; Staub-Koe., Anh. zu § 382, Anm. 78.

9) Jaffé, a.a.O.; Nagel, S. 56.

1) Oertmann, ZHR. 1929, S. 362; Rühl, Eigentumsvorb., S. 193, S. 204.

2) Rühl, Eigentumsvorb., a.a.O., ZZP. 1930, S. 167; Oertmann, ZHR., Bd. 93, S. 397.

ausnahmsweise die Handlungsvornahme. Bei der Untersuchung der Ansicht der Gegner soll deren Fragestellung beibehalten werden. Zwei Fragen sind es, die demzufolge nacheinander erörtert werden müssen. Die erste lautet:

Gebraucht das Gesetz den Begriff „Leistung" immer in dem gleichen Sinne, oder bald in dem jeweils zu findenen Sinne von Leistungserfolg und Leistungshandlung? (Dabei kommen die Gegner zu dem Ergebnis, daß dem Begriff die angeführte doppelsinnige Bedeutung innewohne.)

Daran schließt sich die zweite Frage: In welchem Sinne ist das Wort Erfüllung in § 17 KO. aufzufassen? (Sie wird zu Gunsten der Leistungshandlung beantwortet). Aufgabe der folgenden Abschnitte wird es sein, die gegnerischen Gründe nachzuprüfen.

1. Bei der Untersuchung der ersten Frage ist den Gegnern zweifellos dort zuzustimmen, wo sie der Erfüllung den Sinn der Erfolgsherbeiführung unterlegen. So führt Oertmann[3]) treffend aus, daß der Wert schuldtilgender Erfüllung erst der Erfolgsherbeiführung zukomme. Denn auch, wenn der Schuldner alles getan hat, was ihm zu tun oblag, der Gläubiger aber durch Verweigerung seiner Mitwirkung den Erfolg (etwa den Eigentumsübergang durch grundlose Verweigerung der dinglichen Einigungserklärung) hintanhält, so bleibt der Vertrag unerfüllt, wie die hier eingreifenden Regeln über den Annahmeverzug beweisen. Zutreffend ist ferner, daß die Vorschriften über die Unmöglichkeit sich nicht nur auf die Unausführbarkeit der Leistungshandlungen beziehen, sondern auch auf die Fälle, wo diese zwar vorgenommen sind oder werden können, der Erfolg aber durch sie nicht oder nicht mehr erreicht werden kann[4]).

2. Keine Billigung verdienen dagegen die Ausführungen, die dem Beweise der anderen Bedeutung des Wortes Erfüllung dienen sollen. Zweifelhaft ist, ob § 241 BGB. unter „Leistung" nur schuldnerisches Tätigwerden[5]) versteht. Wenn Oertmann[6]) die andere Möglichkeit durch den Nachweis einer angeblich aus ihr entspringenden unannehmbaren Folgerung widerlegen zu können glaubt, so kann seiner Ansicht nicht beigetreten werden. Verstehe man, so führt er aus, unter Leistung im Sinne des § 241 BGB. den Erfolg, so führe es dahin, daß man den mitwirkungspflichtigen Gläubiger als Erfüllungsgehilfen des Schuldners ansehen müsse. Dann hafte der Schuldner dem Gläubiger für dessen eigenes Verschulden nach § 278 BGB. Diese Folgerung zu ziehen, verbietet aber der Zweck des § 278 BGB., der darin besteht, den Schuldner anzureizen, seine Hilfspersonen zu beaufsichtigen. Auf solche, die seiner Aufsicht gar nicht unterstehen,

3) ZHR., Bd. 93, S. 369.
4) Oertmann, a.a.O. und Bl. f. Rechtsanw., 1908, S. 391.
5) Oertmann, Bl. f. Rechtsanw., a.a.O.
6) a.a.O.

kann § 278 BGB. daher keine Anwendung finden. M. E. versteht § 241 BGB. unter dem Begriff der Leistung die Erfolgsherbeiführung. Das ergibt sich, wenn man den Gedanken des § 241 BGB. negativ faßt: Der Gläubiger hat nichts mehr zu fordern, wenn der Erfolg herbeigeführt ist. Falsch wäre es, zu behaupten, der Gläubiger sei klaglos gestellt, wenn der Schuldner zwar tätig geworden sei in Richtung auf den Erfolg, ohne daß dieser eingetreten ist. Umgekehrt müßte man nach der hier abgelehnten Ansicht dem Gläubiger immer noch ein Forderungsrecht zusprechen, wenn der Schuldner sich zwar unerlaubter Weise eines Gehilfen bedient hat, der Erfolg aber auch auf diese vertragswidrige Weise einwandfrei herbeigeführt worden ist[7]), oder wenn der Erfolg durch Zwangsvollstreckung oder Leistung eines Dritten zustande kommt. Oertmann ist in diesem Falle zu dem Ausweg gezwungen, das Schuldverhältnis sei nicht durch Erfüllung, sondern durch „anderweitige Zweckerledigung" erloschen[8]). Der § 241 BGB. besagt also, richtig verstanden, daß kraft des Schuldverhältnisses der Erfolg verlangt werden kann, nicht nur das, was nötig ist, um ihn herzustellen[9]).

3. Ebenso dürfte § 242 den Leistungserfolg im Auge haben. Die Vorschrift über Treu und Glauben gehört grammatisch zu dem Worte „bewirken". Recht hat Oertmann insofern, als § 242 BGB. nicht mehr zur Anwendung kommt, wenn der Schuldner sämtliche Handlungen vollzogen hat. Das liegt aber daran, daß er nun nicht mehr auf den Erfolg (die Leistung) „einwirken" kann, schlechterdings auch nicht mehr „wider Treu und Glauben" darauf einwirken kann. Es würde aber m. E. gegen die Oekonomie des Denkens verstoßen, deshalb hier dem Leistungsbegriff den Sinn der Leistungshandlung unterzulegen, also einen anderen als den grundsätzlichen Sinn der Erfolgsherbeiführung.

4. Aehnliches gilt in Ansehung des § 271 BGB., der den Begriff der Leistungshandlung in dem Worte „bewirken" zum Ausdruck bringt, deshalb aber den normalen Sinn des Wortes Leistung nicht beseitigt. Nach § 271 BGB. kann der Gläubiger insbesondere sofort den Leistungserfolg verlangen. In Verzug kommt der Schuldner, wenn der Erfolg aus einem Grunde ausbleibt, der außerhalb des Bereichs seiner Einwirkungsmöglichkeit liegt, nur deshalb nicht, weil er dieses Ausbleiben nach § 285 BGB. nicht zu vertreten hat, da hier das allgemeine Verschuldensprinzip gilt. Dagegen kommt er wohl in Verzug, wenn er ausnahmsweise garantiert hat, denn dann hat er das Ausbleiben nach § 285 BGB. zu vertreten[10]). Die Auslegung des Wortes „Leistung" im Sinne von Leistungserfolg verbietet sich auch hier keineswegs deshalb, weil sonst der mitwirkungspflich-

7) Krückmann, S. 22, 25; Siber, Jher. Jb. 50, S. 89.
8) Oertmann, Vorbem. 5 vor § 241, S. 9, im Komm.
9) Brodmann, Ehrenbergs Handb. IV, 2, S. 299, Anm. 6.
10) Anders Oertmann, ZHR. 1929, S. 381/82.

tige Gläubiger zum Erfüllungsgehilfen seines Schuldners würde[11]). Es gilt auch hier die aus dem Zweck der Vorschrift des § 278 abzuleitende Einschränkung.

5. Es fragt sich, ob aus der Vorschrift des § 269 über den „Erfüllungsort" abgeleitet werden kann, daß das Gesetz das Wort Leistung im Sinne von Handlungsvornahme gebrauche[12]). Nach richtiger Ansicht ist der Leistungsort weder der Ort, an dem der Erfolg eintreten muß, noch der, an dem die Handlungen[13]) zwecks Herbeiführung des geschuldeten Erfolges vorgenommen werden müssen. Vielmehr heißt Leistungsort, „der für die Schuld (die Pflicht zur Herbeiführung der Erfolges) maßgebliche Ort", der „Schuldort"[14]). Daran ändert nichts die wenig glückliche Wendung des Gesetzes: „Die Leistung hat ... zu erfolgen". Die Gegner glauben mit Hilfe der Unterscheidung von Leistungshandlung und Leistungserfolg die Vorschrift dahin erklären zu können, als bestimme sie den Ort der vorzunehmenden Handlungen, den vom Schuldort meist verschiedenen Vollzugsort. Träfe ihre Ansicht zu, so wäre in der Tat der Erweis erbracht, daß das Gesetz unter Leistung zuweilen die Handlungsvornahme verstehe. Indessen zeigt das Beispiel des Versendungskaufs, daß es sich anders verhält. Für den Versendungskauf meinen die Gegner, besage § 269 BGB., daß die geschuldeten Tätigkeiten, worunter sie nur die Absendung, nicht auch die Uebersendung verstehen, am Wohnsitz oder Geschäftsort zu erfolgen habe.

Dagegen ist zu sagen, daß beim Versendungskauf nicht die bloße Absendung, sondern eben auch die Uebersendung geschuldet wird. Das ergibt einmal der § 433, der die Uebergabe dem Verkäufer zur Pflicht macht; das ergibt ferner die Verkehrssitte. Niemand, der bei einer auswärtigen Buchhandlung ein Buch bestellt, wird auf den Gedanken kommen, daß er es sich von Rechts wegen selber abholen müsse, selbst wenn er die Worte „senden Sie mir" bei der Bestellung nicht ausdrücklich gebraucht hat. Ebenso, wie unter Anwesenden der Uebergabepflichtige mit der zu übergebenden Sache den Raum überwinden muß, ebenso muß er es, wenn die Aufenthaltsorte von einander entfernt sind[15]). Dennoch wird die Ansicht vertreten, daß mangels besonderer Abrede der Käufer die Uebergabe der Sache nur am Wohnorte des Verkäufers verlangen könne[16]). Gegen die Uebersendungspflicht (im Gegensatz zur Absendungspflicht) wird eingewandt, daß dann selbständige Zwischenpersonen sich als Erfüllungsgehilfen des Verkäufers darstellen

11) So Oertmann, Seuff., Bl. f. Rechtsanw., Bd. 93, S. 391; Sandrock, S. 65.
12) Bejahend Rühl, Eigentumsvorbeh., S. 193.
13) So Oertmann, Planck II, S. 151.
14) Vgl. Leonhard, Erfüllungsort und Schuldort, S. 2.
15) Leonhard, Erf.-O. u. Sch.-O., S. 33.
16) Oertmann, Seuff. Bl. f. Rechtsanw., Bd. 93, S. 386/87.

würden, für deren Verschulden dieser zu haften hätte. Das würde die vom Gesetz beabsichtigte Wohltat des Gefahrübergangs nach der Absendung empfindlich einschränken[17]). Dies Bedenken jedoch kann wieder durch den Hinweis auf den Zweck des § 278 zerstreut werden: § 278 BGB. ist nur auf Personen anwendbar, über die dem Schuldner ein Aufsichtsrecht zusteht[18]). Daher haftet der Versendungsverkäufer zwar nicht für die Post, richtiger Ansicht nach aber für den Führer seines Lieferwagens[19]). Mit der Absendung hat der Versendungsverkäufer auch deshalb seine ihm obliegenden Handlungen nicht beendet, weil ihm noch die Pflicht obliegt, den Verlauf der Sendung in bestimmten Grenzen zu überwachen, insbesondere Waren, die in falscher Richtung befördert wurden, nach dem richtigen Ort umzuleiten oder den Verbleib von vermißten Waren zu erforschen. Unrichtig ist es, diese Tätigkeiten, die nach der Absendung liegen, als Nebenleistungen zu bezeichnen. Sie sind nötig, um einen Teil der Hauptleistung, die Uebergabe, überhaupt erst zu ermöglichen, sind also Handlungen, die die Hauptleistung vorbereiten[21]). Die Gegner glauben, § 269 BGB. schreibe dem Schuldner den Ort vor, wo er tätig zu werden, insbesondere abzusenden habe[22]), verbiete ihm also, einen für ihn bequemeren oder für den Käufer, der die Frachtkosten trägt, billigeren Versendungsort zu wählen. Kaum wird man dem Gesetz eine so wirtschaftsfremde Absicht unterlegen dürfen.

Eine weitere Stütze findet die Lehre, die im Leistungsort nicht den Ort der Tätigkeit erblickt, in § 270 IV, der ausdrücklich den Leistungsort am Wohnsitz des Schuldners beläßt, obwohl im ersten Absatz der Vorschrift bei Geldschulden die Uebersendungspflicht des Schuldners gelegentlich der Regelung der Gefahrtragung klar ausgesprochen ist. Der Schuldner wird dort mit einer Tätigkeit belastet, die räumlich über seinen Wohnsitz hinausreicht[23]).

Es zeigt sich also, was für unsere Untersuchung für den Erfüllungsbegriff wesentlich ist: § 269 BGB. versteht unter dem Ort der Leistung nicht den Ort der „schuldnerischen Tätigkeit", vielmehr den für die Erfolgherbeiführungspflicht maßgeblichen Ort. Das Wort Leistung bedeutet also auch hier Erfolgsherbeiführung. Eine andere Auslegung unter Zugrundelegung eines Doppelsinnes dse Wortes „Leistung" ist daher abzulehnen.

6. Auch dem § 243 II BGB. wohnt nicht ein anderer als der übliche Leistungsbegriff inne. Das Gegenteil wird behauptet, weil § 243 BGB. unter bestimmten Voraussetzungen bei Gat-

17) Oertmann, ZHR. 1929, S. 281 u. Sandrock, S. 64.
18) Leonhard, Allgem. Schuldr., S. 229.
19) Leonhard, Allgem. Schuldr., S. 230; anders Planck I zu § 269, S. 152.
20) OHG. 13, 253; Leonhard, Allgem. Schuldr. S. 330.
21) Leonhard, Erf.O. u. Sch.O. 44/45.
22) Planck zu § 269, S. 154.
23) Leonhard, Allgem. Schuldrecht, S. 232.

tungsschulden die Vereinfachung eintreten läßt. Voraussetzung der Vereinfachung sei die Vornahme sämtlicher geschuldeter Handlungen[24]). Vertreter dieser Ansicht führen dies an, um den erwähnten Doppelsinn des Leistungsbegriffs zu beweisen. Daß sie es zu Unrecht tun, wird wieder am Beispiel des Versendungskaufs deutlich. Nach unbestrittener Ansicht tritt bei ihm die Vereinfachung mit der Aufgabe des Versandgutes an den selbständigen Frachtführer ein. In diesem Augenblick hat der übergabepflichtige Verkäufer zu dessen Handlungen auch, wie festgestellt, der Transport zu rechnen ist[25]), seine Tätigkeit noch nicht beendet.

Was rechtfertigt aber dann die Vereinfachung durch die Absendung? Nach richtiger Ansicht die Tatsache, daß mit der Absendung der Augenblick eingetreten ist, wo der Verkäufer zwar noch nicht die gesamten ihm obliegenden Tätigkeiten (einschließlich der von selbständigen Zwischenpersonen auszuführenden) vollzogen hat, aber doch immerhin jene ausgeführt hat, die von ihm selbst oder seinen Angestellten vorzunehmen sind[26]). Unter diesen letzteren versteht das Gesetz die „seinerseits" erforderlichen Tätigkeiten. Gleichzeitig ist mit deren Vornahme der Zeitpunkt eingetreten, in dem der Verkäufer die Ware aus seinem Bereich entlassen hat[27]). Es zeigt sich hierbei, daß der Begriff des schuldnerischerseits Erforderlichen („seinerseits" Erforderlichen) verschieden ist von jenen Tätigkeiten, die dem Schuldner schlechthin obliegen[28]).

Daß der § 243 II das Wort Leistung im Sinne des Leistungserfolges gebraucht, geht ferner daraus hervor, daß es in der Vorschrift im logischen Gegensatz steht zu dem Geringeren, dem schuldnerischerseits Erforderlichen[29]).

Auch der Gefahrübergang im § 447 BGB. ist nicht deshalb an die Absendung geknüpft, weil das Gesetz darin eine Leistung im Sinne der Leistungshandlung sieht[30]). Daß im Gegenteil die Leistungshandlungen hier noch nicht sämtlich vorgenommen sind, wird deutlich durch die von gegnerischer Seite als absonderlich[31]) empfundene Gefahrregelung beim Grundstückskauf: Hier genügt schon Uebergabe ohne Eintragung oder Eintragung ohne Uebergabe. Das deutet darauf hin, daß zum Gefahrübergang nicht alle Handlungen vorgenommen zu sein brauchen, sondern nur ein Teil derselben.

7. Ebenso wenig können die Vorschriften über den Annahme-

24) Oertmann, ZHR. 1929, S. 374.
25) Leonhard, Erf. u. Sch. O. S. 41.
26) Leonhard, Allgem. Schuldrecht. S. 95.
27) Leonhard, a.a.O.
28) Vgl. Leonhard, Allgem. Schuldr. S. 95; Erf.O. u. Sch.O. S. 41; anders Oertmann, ZHR. 1929, S. 375; Rühl, Eigentumsvorbehalt, S. 193/94.
29) Aehnlich Leonhard, Allgem. Schuldr. S. 43.
30) Oertmann ZHR. 29, S. 365; Sandr. S. 64; Rühl, a.a.O.
31) Oertmann, ZHR. 1929, S. 387.

verzug als Ausdrucksform des dem Gesetz angeblich innewohnenden Leistungsbegriffs im Sinn von Leistungshandlung in Anspruch genommen werden[32]). Richtig ist, daß man unter Leistung im Sinne der §§ 293, 294 nur einen Teil der Vorgänge zu verstehen hat, die zum Leistungserfolg nötig sind[33]). Keineswegs aber ist dieser Teil gleich den Leistungshandlungen im Sinne der Gegner.

Denn der Annahmeverzug tritt oft schon ein, ehe der Schuldner alle oder auch nur eine der ihm obliegenden Handlungen vollzogen hat. Wie auch von gegnerischer Seite nicht bezweifelt wird, gerät der Landhausbesitzer, der dem zur Bemalung der Innenräume bestellten Künstler die Türe nicht öffnet, in Annahmeverzug[34]). Dieser Verzug tritt also vor dem ersten Pinselstrich ein. Ebenso gerät der Grundeigentümer gegenüber dem Bauunternehmer in Annahmeverzug, wenn er die Ausschachtungsarbeiten unterläßt, die er vor der Ausführung des Baues vorzunehmen hat[35]) Im ersten Fall hat der Schuldner nur einen Teil seiner Handlungen vorgenommen. Er hat sich eingestellt. Im zweiten Beispiel ist der Schuldner noch gar nicht tätig geworden. Trotzdem gerät der Gläubiger beide Male in Annahmeverzug. Es zeigt sich hierbei also, daß dieser keineswegs immer die Vornahme oder gar die Vollendung der schuldnerischen Handlungen zur Voraussetzung hat.

Vielmehr ist für sein Eintreten maßgeblich der Zeitpunkt, in dem der Gläubiger die ihm obliegende Mitwirkung zur Herstellung des Erfolgs unterläßt. Auf Seiten des Schuldners ist dazu nur die ihm bis dahin obliegende Tätigkeit erforderlich, der Beginn der Leistung, die sogen. „Anleistung"[36]) oder, wie das Gesetz in § 294 weniger deutlich sagt, das „tatsächliche Angebot der Leistung". Mit den Worten „dem Gläubiger" ist nicht außerdem noch ein wörtliches Angebot des Schuldners verlangt. Sie bedeuten vielmehr nur, daß sich die Anleistung auf den Gläubiger zu beziehen habe[37]). Daher setzt auch der Maler, der zur festgesetzten Zeit vor verschlossener Tür erscheint, den Besteller auch dann in Verzug, wenn er keine Möglichkeit hat, sich bemerkbar zu machen. Nur bei nicht zeitverwurzelten Leistungen verlangt § 299 eine Ankündigung.

Eine schuldnerische Leistung ist nicht erforderlich für den Annahmeverzug, wenn der Gläubiger noch vor dem Schuldner tätig werden muß. Hier genügt eine einfache Mahnung[38]) oder, wie § 295 Satz 1 undeutlicher sagt: „ein wörtliches Angebot"

32) Oertmann, ZHR. 1929, S. 372.
33) Leonhard, Allg. Schuldr. S. 564.
34) Oertmann, ZHR. 1929, S. 374.
35) Beispiel Leonhards, Allgem. Schuldr. S. 574.
36) Leonhard, Allgem. Schuldr. S. 569.
37) Leonhard, a.a.O.
38) Leonhard, a.a.O. S. 573/74.

und immerhin hinreichend deutlich in Satz 2 der Bestimmung: „eine Aufforderung".

So erklärt es sich, daß der Bauunternehmer schon vor der Bauausführung seinen Gegner durch bloße Worte in Annahmeverzug setzt. Der Annahmeverzug ist demnach keineswegs an die Voraussetzung geknüpft, daß sämtliche Handlungen vorgenommen sind.

Unbegründet ist das von gegnerischer Seite vorgebrachte Bedenken gegen die hier vertretene Erfolgstheorie, welches dahin geht, daß für ein Realangebot des § 294 BGB. bei ihr nirgends Raum sei[39]). Raum ist in der Tat nicht für ein Angebot in technischem Sinne, weder für ein solches des Erfolgs, noch „des Ergebnisses der Leistungshandlungen"[40]). Was das Gesetz als tatsächliches Angebot bezeichnet, ist die Anleistung, diejenige Förderung des Erfolgs durch den Schuldner, die der Mitwirkung des Gläubigers jeweils vorauszugehen hat[41]).

Die vorangegangenen Darlegungen sollen dem für unser Thema wichtigen Nachweise dienen, daß das Gesetz unter Leistung den Leistungserfolg versteht und das Wort im Sinne von Leistungshandlung nicht gebraucht. Die von den Gegnern zum Beweise ihrer Ansicht angeführten §§ 242, 271, 269, 243 II, 293 ff. BGB. stellen also keineswegs Vorschriften dar, die ihre verschiedenen Rechtsfolgen an Tatbestände knüpfen, die als untereinander durchweg gleichartig gelten und unter den Begriff der restlos erbrachten Handlung zusammengefaßt werden können. Obwohl der allgemeine rechtswissenschaftliche Wert des Begriffs der Leistungshandlung nicht angezweifelt werden kann, kann er doch nicht Grundlage bilden für die Auslegung des § 17 KO[42]).

§ 8.

Fortsetzung.

Die Gegner, die einen Doppelsinn des Wortes Leistung annehmen, übertragen diesen auf das gleichbedeutende Wort Erfüllung[1]). Schon dies muß von dem hier vertretenen Standpunkt aus abgelehnt werden, da zweifellos von Erfüllung nur im Sinne von Schuldtilgung gesprochen werden kann. Infolge dieser Gleichsetzung bleibt für die Gegner die Aufgabe, zu ermitteln, in welchem Sinne § 17 KO. von „Erfüllung" und „erfüllen" spreche.

---

39) Oertmann, a.a.O.
40) Oertmann, a.a.O.
41) Aehnlich Leonhard, Allgem. Schuldr. S. 572.
42) In ähnlich ablehnendem Sinne Mäder, S. 10.
1) Sandrock, S. 60; Oertmann, ZHR. 1929, S. 396.

Dabei kommen sie zu dem erwähnten Ergebnis, daß § 17 KO. lediglich die Handlungsvornahme verlange.

Zum Beweise führt Oertmann[2]) an, § 17 entstamme einer Zeit, wo Gesetzgebung und Rechtslehre den Unterschied zwischen Leistungserfolg und Leistungshandlung noch kaum gekannt hätten, § 17 also offenbar die Handlung meine. Dagegen wendet Rühl[3]), der Oertmanns Endergebnis aber zustimmt, mit Recht ein, daß die Tatsache einer früheren Unklarheit noch nicht den Schluß gerade auf diese der beiden möglichen Bedeutungen zulasse. Vom hier vertretenen Standpunkt aus muß der Schluß schon deshalb abgelehnt werden, weil die Prämisse, der Doppelsinn des Leistungsbegriffs, verneint wird.

Ebenso wenig aber vermag Rühl zu überzeugen. Rühl führt zwar richtig aus[4]), § 17 KO. sei die konkursrechtliche Ausgestaltung des Gedankens der Gegenseitigkeit, der inneren Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung, wie sie für das bürgerliche Recht ihren Ausdruck gefunden hat in § 320 ff.[5]) BGB. Aus der nicht einleuchtenden weiteren Behauptung, daß mit der bedingten Uebereignung das Synallagma erledigt sei, folgert er dann aber die Unanwendbarkeit des § 17 KO.

Richtig ist an diesen Ausführungen der erste Teil, der Zusammenhang zwischen § 320 BGB. und § 17 KO. Ebenso wie das bürgerliche Recht die wechselseitigen Ansprüche eines gegenseitigen Vertrags im Entstehen und in der Geltendmachung mit einander verknüpft, ebenso sollen sie im Konkurse dasselbe Schicksal teilen, solange einer der beiden Ansprüche noch nicht völlig erfüllt ist.

Das Gesetz empfindet es als unbillig, dem einen Teil zwar volle restliche Erfüllung aufzuerlegen, ihm dafür aber nur die Quote des noch ausstehenden Teils der Gegenleistung zu gewähren. Daher legt es dem Konkursverwalter im Fall seiner Erfüllungswahl gleichfalls volle Erfüllungspflicht auf, ebenso, wie es ganz entsprechend im Falle seiner Nichterfüllungswahl nicht nur ihn, sondern beide Teile von der weiteren Leistungspflicht entbindet und dem Gläubiger gegebenenfalls Schadensersatz gewährt, freilich nur anteilsmäßigen[6]). Nur anteilsmäßig wird der Schaden deshalb ersetzt, weil dem Anspruch ein Gegenanspruch nicht mehr gegenübersteht. Es besteht kein Austauschverhältnis mehr. Nicht die Austauschtheorie, sondern die Differenztheorie kommt in § 17 zur Anwendung.

Soweit aber Leistung und Gegenleistung in Frage steht, ist der synallagmatische Zusammenhang in § 17 KO. aufrecht erhalten. Nur das Vorliegen dieses Zusammenhangs bei einem

---

2) Oertmann, a.a.O. S. 397.
3) Rühl, Eigentumsvorbehalt, S. 206.
4) Rühl, Eigentumsvorbehalt, S. 208; ebenso Sandrock, S. 27.
5) Ebenso Jaeger, Einleitung zu § 17 KO.
6) Vgl. darüber Jaeger, a.a.O.

konkursrechtlichen Schuldverhältnis rechtfertigt die Anwendung der Bestimmung des § 17 KO.

Nach gegnerischer Ansicht ist dieser synallagmatische Zusammenhang in unserem Fall mit der bedingten Uebereignung bereits gelöst[7]) und § 17 KO. daher unanwendbar. Die Richtigkeit dieser Darlegung muß verneint werden, was im einzelnen zu begründen ist.

Das Abhängigkeitsverhältnis der Leistungspflichten im gegenseitigen Vertrage wirkt sich nach drei Richtungen[8]) hin aus: nach der der Entstehung, der des Untergangs und der der Geltendmachung.

Nach wie vor wirkt sich in dem hier in Rede stehenden Falle der Zusammenhang in der Entstehung aus (genetisches Synallagma). Ist nämlich der Eigentumsübergang von vornherein unmöglich, z. B. weil die Sache gestohlen oder mit einem gesetzlichen Veräußerungsverbot belastet ist, so ist es die Gegenleistung auch.

Ebenso stehen die Leistungen beim Vorbehaltskaufvertrag auch hinsichtlich des Unterganges noch nach der bedingten Uebereignung der Vorbehaltssache in Schicksalsgemeinschaft. Geht die bedingt übereignete Sache unter, so bleibt zwar wegen des nach richtiger Ansicht inzwischen eingetretenen Gefahrübergangs die Zahlungspflicht des Käufers unberührt. In diesem Fall jedoch wird der Zusammenhang lediglich durch die besonderen Regeln der Gefahrtragung aufgehoben. Deutlich wird der Fortbestand des Synallagmas, wenn man keinen Vorbehaltskauf, sondern einen Vorbehaltstausch betrachtet, m. a. W., wenn man an die Stelle der Geldschuld die Pflicht zur unbedingten Uebereignung einer Einzelsache setzt. Geht diese Einzelsache unter, so wird auch der andere Teil von der Leistung der Vorbehaltssache entbunden und kann sie einredefrei heraus verlangen.

Schließlich besteht auch noch das Austauschverhältnis in unserem Falle hinsichtlich der Geltendmachung (funktionelles Synallagma). Diese Rechtsfigur umfaßt zwei Gedanken: erstens den, daß keine Partei zu leisten braucht, solange sie die Gegenleistung entbehrt[9]), also einen rein wirtschaftlichen Gedanken, der auch Platz greift, wenn die Leistungsfähigkeit beider Parteien außer Frage steht.

Dazu tritt der zweite Gedanke, daß keine Partei leistet, solange die Erlangung der Gegenleistung tatsächlich ungewiß ist, also der Sicherungsgedanke.

Der erste Gedanke ist beim Eigentumsvorbehalt in der Tat zurückgetreten. Der Verkäufer gewährt bereits den Gebrauch der Sache, verzichtet also darauf, in der Zwischenzeit durch

7) Rühl, Eigentumsvorbehalt S. 208.
8) Leonhard, Allgem. Schuldr. S. 336.
9) Leonhard, Allgem. Schuldr. S. 336.

eigenen Gebrauch noch Nutzen aus ihr zu ziehen. Bei Handelsware entfällt solche Möglichkeit ohnehin.

Anders steht es mit dem Sicherungsgedanken; er ist aufrecht erhalten. Bei der Eingehung des Vertrags hatten die Parteien die Möglichkeit, es bei der im Zweifel vereinbarten Zug-um-Zug-Leistung zu belassen, oder eine Vorleistungspflicht des Verkäufers zu vereinbaren. Durch die Zug-um-Zug-Leistung wird zwar der Verkäufer gesichert, dem Käufer aber der Gebrauch der Kaufsache vor der Bezahlung verwehrt. Umgekehrt wird mit der verkäuferischen Vorleistung der Käufer zwar schon in den Genuß der Sache gesetzt, dem Verkäufer aber seine wertvolle Sicherheit genommen.

Deshalb wählen die Parteien im Eigentumsvorbehalt einen Mittelweg, bei dessen Begehung die Interessen beider Parteien gewahrt werden. Der Verkäufer hat den Gebrauch und gleichzeitig eine sichere dingliche Anwartschaft vorzuleisten. Insoweit verzichtet er auf das Austauschverhältnis.

Hinsichtlich der noch ausstehenden Restleistung, nämlich der Verwandlung der Anwartschaft in Volleigentum gegen Zahlung des Kaufpreises, ist das Austauschverhältnis dagegen voll gewahrt. Verfehlt wäre es, sein Vorliegen deshalb zu leugnen[10]), weil die Innehaltung dieses Austauschs dinglich dadurch gesichert ist, daß die eine Leistung, die Zahlung, zur Bedingung für die andere, den Eigentumsübergang, gemacht ist. Wie Sandrock richtig bemerkt, kann der auf den Kaufpreis verklagte Käufer zwar nicht einwenden, daß er noch kein Volleigentum erlangt habe, denn er ist gegenüber der Eigentumsverschaffungspflicht mit seiner Geldleistung vorleistungspflichtig[11]). Das berechtigt aber noch nicht zu der Behauptung, § 320 BGB. sei überhaupt unanwendbar[12]). Denn der von dem Käufer vor völliger Bezahlung auf Volleigentumsübertragung verklagte Vorbehaltsverkäufer würde sein Leistungsverweigerungsrecht sehr wohl allein auf § 320 BGB. stützen können.

Danach dürfte sich ergeben ,daß das Synallagma auch beim Vorbehaltskaufvertrag nach bedingter Uebereignung keineswegs aufgelöst ist. Trifft dies zu, so entfällt wiederum ein Bedenken gegen die Anwendbarkeit des § 17 KO. auf unseren Vorbehaltskaufvertrag.

Aus dem § 320 BGB. ergibt sich übrigens die hier in Frage stehende Anwendbarkeit des § 17 KO. auch in einem von Oertmann mitgeteilten Falle eines einfachen Versendungskaufs. Oertmann leugnet bei ihm die Anwendbarkeit des § 17 KO.[13]); m. E. zu Unrecht.

10) Sandrock, S. 81.
11) Sandrock, a.a.O.
12) Sandrock, a.a.O.
13) Oertmann, L.Z. 1927, Sp. 10.

Der Fall lag folgendermaßen: Handelsware war von der Firma in B. verkauft und nach teilweiser Kaufpreiszahlung nach M. an die Käuferin abgesandt worden. Ehe noch die Frachtstücke in M. eintrafen, fiel die Verkäuferin in Konkurs. Der Konkursverwalter rief die Ware vor ihrem Eintreffen in M. zurück und wählte nach § 17 KO. die Nichterfüllung, so daß die Ware zur Masse fiel und die Käuferin den angezahlten Preis nur anteilsmäßig zurückverlangen konnte. Dies Ergebnis bezeichnet Oertmann als unerfreulich[14]).

Aber richtiger Ansicht nach ist der Verlust der Käuferin nicht unerfreulicher als der aller übrigen Konkursgläubiger. § 17 KO. ist auch hier anwendbar[15]). Denn mit der Absendung war der Vertrag in der Tat noch nicht erfüllt worden[16]). Insbesondere hatte nach richtiger Ansicht die Käuferin nach Absendung der Ware bis zu ihrer Ablieferung noch ein Leistungsverweigerungsrecht aus § 320 BGB.[17])

Dafür spricht der oben angeführte Gedanke der Zug-um-Zug-Leistung und das käuferische Interesse. Denn der Käufer erlangt erst Gewalt über die Ware mit deren Ablieferung. Vorher kann der Verkäufer sie noch zurückrufen, wie es im angeführten Falle der Konkursverwalter an seiner statt getan hat. Der Verkäufer hat noch Eigentum und Verfügungsmacht über die Sache und kann sie noch an Dritte veräußern[18]). Müßte der Versendungskäufer schon vor der Besitzergreifung bezahlen, so liefe er Gefahr, sein Geld zu verlieren ohne die Gegenleistung zu erhalten[19]), was durch § 320 BGB. gerade verhindert werden soll. Die Einrede aus § 320 muß ihm also aus Gründen der Billigkeit gewährt werden. Mit der Anwendbarkeit des § 320 BGB. aber ist auch nach Ansicht der Gegner die Anwendung des § 17 KO. gerechtfertigt[20]).

Daß für den hier in Frage stehenden Vorbehaltskauf die Leistungshandlungen eine Erfüllung im Sinne des § 17 KO. darstellen, kann wohl auch kaum durch einen Hinweis auf die Regelung im schweizerischen Recht dargetan werden. Der von gegnerischer Seite in diesem Zusammenhang angeführte[21]) Artikel 83 OR. lautet:

„Ist bei einem zweiseitigen Vertrag der eine Teil zahlungsunfähig geworden, wie namentlich, wenn er in Konkurs geraten oder fruchtlos gepfändet ist, und wird durch diese Ver-

14) Oertmann, a.a.O.
15) Jaeger, Anm. 10 zu § 17 KO.
16) So auch Mäder, S. 10.
17) Anders Rühl, ZZP. 1931, S. 168.
18) Leonhard, Erf.O. u. Sch.O. S. 57.
19) Leonhard, a.a.O.
20) Gleiches Ergebnis bei Staub, Anm. 78 zu § 283.
21) Rühl, Eigentumsvorbehalt, S. 206.

schlechterung der Vermögenslage der Anspruch des anderen gefährdet, so kann dieser seine Leistung so lange zurückhalten, bis ihm die Gegenleistung sichergestellt wird.

Wird er innerhalb einer angemessenen Frist auf sein Begehren nicht sichergestellt, so kann er vom Vertrage zurücktreten."

Für den Konkurs wird die Vorschrift durch Artikel 211 I, II des Schuldbeitreibungsgesetzes ergänzt:

„Forderungen, welche nicht eine Geldzahlung zum Gegenstande haben, werden in Geldforderungen von entsprechendem Werte umgewandelt.

Die Konkursverwaltung hat indessen das Recht, die Verpflichtung des Gemeinschuldners zu erfüllen. Der Gläubiger kann in diesem Falle verlangen, daß ihm die Erfüllung sichergestellt wird."

Diese ausländische Regelung stellt es nach gegnerischer Ansicht auf die Erfüllungshandlung ab. Aber selbst wenn dies zutrifft, ist sie von der des § 17 KO. m. E. zu verschieden, als daß ein Schluß auf die Anwendbarkeitsgrenze der deutschen Bestimmung daraus möglich wäre. Artikel 83 OR. ist in Wirklichkeit der Niederschlag jenes Gedankens, der im BGB. § 321 seinen Ausdruck findet[22]). Beide Bestimmungen stellen einen gesetzlichen Fall der clausula rebus sic stantibus dar[23]). Sie regeln den Einfluß wesentlicher Vermögensverschlechterung auf ein einzelnes Schuldverhältnis.

Im Konkurs aber gehen beide Rechte verschiedene Wege. Artikel 83 Abs. II OR. gibt dem Schuldner entweder Anspruch auf Sicherheit oder ein Rücktrittsrecht. Im letzteren Falle wird der Vertrag beseitigt. § 17 KO. dagegen läßt das Vertragsverhältnis auf jeden Fall bestehen, entweder mit dem bisherigen oder mit geändertem Inhalt. Daß hier noch ein Schluß von dem fremden auf das deutsche Recht möglich ist, ist daher wohl zu bezweifeln[24]).

Richtig ist, daß der hier abgelehnten Ansicht nicht entgegengehalten werden kann, sie verstoße[25]) gegen den allgemeinen Grundsatz des Konkursrechts, daß die objektive Rechtslage zur Zeit der Konkurseröffnung maßgeblich sei. Denn die Gegner sehen ja nicht den noch ausstehenden Erfolg als die für ihre Entscheidung maßgebliche Rechtslage an, sondern die vollständige Erbringung der Leistungshandlung, einen rechtlichen Zustand, der schon bei Konkurseröffnung vorliegt[26]).

Zusammenfassend kann gesagt werden: Ein Kaufvertrag, bei dem sich der Verkäufer vertraglich das Eigentum vorbehalten

---

22) Oser zu Art. 83.
23) Oser, Anm. 3 a.a.O.
24) Vgl. neuerdings Rühl, ZZP. Bd. 56, S. 165.
25) Jaeger, Anm. 11 zu § 17.
26) Rühl, ZZP. 1931, S. 169.

hat, ist nach Uebergabe und bloßer bedingter Uebereignung unerfüllt, sowohl nach BGB., als auch in besonderem Sinne des § 17 KO. Denn dem Gesetz liegt nur ein objektiver Leistungs- und Erfüllungsbegriff zu Grunde. „Die Leistung bewirken" heißt, den geschuldeten Erfolg bewirken, „erfüllen" heißt, den geschuldeten Erfolg herbeiführen. Dort, wo im Gesetz Rechtsfolgen an Ereignisse geknüpft werden, die vor dem Erfolgseintritt liegen, bezeichnet das Gesetz diese nicht als Leistung oder Erfüllung. Eine Ausnahme besteht bei der Regelung des Annahmeverzugs, wo die Anleistung „Leistung" genannt wird. Dieser Begriff deckt sich aber nicht mit dem der restlos vollzogenen schuldnerischen Handlung.

§ 9.

VI. Analoge Anwendbarkeit des § 320 II BGB. auf die Erfüllung des § 17 KO.?

Erfordernis der Anwendbarkeit des §17 KO. ist beiderseitige Unerfülltheit. Wurde bisher untersucht, wann der Verkäufer vollständig erfüllt hat, so bleibt noch festzustellen, wann der Käufer seine Leistung voll erbracht hat.

Hier fragt es sich, ob ein verhältnismäßig geringer Rückstand des Käufers die Erfüllung seiner Kaufpreisschuld verhindert, also ob § 320 II BGB. auf § 17 KO. analog anwendbar ist. Für die Vergleichsordnung besteht im Anschluß an § 4 dieses Gesetzes dieselbe Frage.

Vereinzelt wird sie bejaht mit der Begründung, die Vorschrift des § 320 II BGB. sei der Ausdruck eines allgemeinen Gebotes, nicht am Worte zu hängen, sondern das Billigkeitsempfinden und die Auffassung des Verkehrs entscheidend sein zu lassen[1]).

Dem aber muß entgegengehalten werden, daß § 17 KO. und § 4 Vergl. O. spezielle Vorschriften darstellen, die einen dem § 320 II BGB. entsprechenden Zusatz aufweisen müßten, wenn dessen Billigkeitsgedanke Anwendung finden sollte. Ein summarisches Verfahren wie der Konkurs verlangt übersichtliche Tatbestände. Die Frage, ob vollständig erfüllt sei oder nicht, würde im Einzelfall Anlaß zu gegensätzlichen Auffassungen geben, die der schnellen Abwicklung keinesfalls förderlich wären. Analoge Anwendbarkeit des § 320 II BGB. ist daher wohl zu verneinen.

Der Erfüllungsbegriff des § 17 KO. hat ja auch nur Bedeutung für das Wahlrecht des Verwalters, der des § 4 der Vergl.O. für das beider Parteien. Im übrigen wirkt sich § 320 II auch im Konkurse aus, z. B. bei der Frage, ob eine Vertragsstrafe verwirkt ist.

Die hier vertretene Ansicht ist die herrschende[2]). Wenn

1) z. B. Samolewitz, JW. 1927, 2401.

2) Staub, Anm. 78 zu § 382; Mentzel, S. 87; Sandrock S. 54; Jaeger, 5. Aufl., Anm. 10 zu § 17 KO. — Für die Vergleichsordnung Mäder, S. 11; Mayer, Anm. 12 zu § 4; Kiesow, Anm. III,1 zu § 4; Cahn, JW. 1928, S. 1120.

Staub[3]) allerdings annimmt, auf Treu und Glauben komme es in § 17 nicht an, so ist es besser, statt dessen zu sagen: Die Anwendung des § 17 KO. widerspricht im vorliegenden Falle Treu und Glauben nicht, weil sie von der Notwendigkeit klarer Verhältnisse diktiert ist.

Jaeger, der in der vorletzten Auflage seines Kommentars einer analogen Anwendung des § 320 II BGB. völlig ablehnend gegenüberstand, macht in der neuesten (6. u. 7. Auflage) leichte Einschränkungen und erklärt § 320 mit „äußerster Vorsicht" für anwendbar; so in den Fällen, wo eine geringwertige Schutzhülle nachzuliefern oder der eine der beiden Schlüssel eines gelieferten Schrankes zurückgegeben worden war, weil er noch etwas nachgefeilt werden mußte. Man wird zustimmen können in den Fällen, wo die Erfüllung so weit gefördert worden ist, daß nur Haarspalterei sie leugnen kann.

VII. Rechtsfolgen der Wahl zwischen Erfüllung und Nichterfüllung.

§ 10.

Folgen im Konkurse des Verkäufers.

Die Frage, ob der Mangel des Eigentumsübergangs ein Wahlrecht des Konkursverwalters bewirke, wurde bejaht. Es bleibt zu untersuchen, welche Rechtslagen er durch seine Wahl herbeiführen kann. Bei der Darstellung soll unterschieden werden zwischen dem Konkurse des Verkäufers und dem des Käufers. In jedem dieser Fälle wiederum muß die Folge der Erfüllungswahl und der Nichterfüllungswahl gesondert betrachtet werden.

a) Erfüllungswahl im Verkäuferkonkurs.

Wählt im Konkurse des Verkäufers der Konkursverwalter die Erfüllung, so ändert sich an dem Vertrage nichts. Der Käufer muß den Kaufpreis an den Verwalter abführen und wird mit völliger Bezahlung Eigentümer der Vorbehaltssache.

Verletzungen des Vertrags, namentlich Verzug des Käufers, führen im Verhältnis zwischen ihm und dem Konkursverwalter zu den gleichen Folgen wie außerhalb des Konkurses zwischen Käufer und Verkäufer[4]). Im Verzugsfall kann der Konkursverwalter nach § 455 BGB. den Rücktritt erklären[5]). Zweifelhaft ist sowohl innerhalb wie außerhalb des Konkurses, ob der Rücktritt schon bei einfachem Verzug statthaft oder ob vorher eine Fristsetzung erforderlich ist. Das Reichsgericht lehnt das Erfor-

3) Staub, a.a.O.
4) Staub, Anm. 92 zu § 382; Bendix, JW. 1930, S. 1361.
5) Staub, a.a.O.

dernis einer Fristsetzung ab[6]). Wie Stulz jedoch richtig dagegen hervorhebt, spricht für diese Auslegung lediglich der Wortlaut des § 455 BGB., der hier aber nicht entscheidet. Man wird auch hier eine Fristsetzung fordern müssen.

Der Schlüssel zum Verständnis des § 455 BGB. liegt in dem vorhergehenden § 454, welcher beim Stundungskauf das Rücktrittsrecht der §§ 325 II, 326 BGB. ausschließt. In § 455 BGB. handelt es sich gleichfalls um einen Stundungskauf. Dem Verkäufer soll aber das Rücktrittsrecht, das ihm, wenn die Regel des § 455 BGB. hier Anwendung fände, versagt sein würde, im Sonderfall des Vorbehaltskaufs zugebilligt werden. Deshalb ist in § 455 BGB. sein Rücktrittsrecht anerkannt, aber nur, um den § 455 BGB. einzuschränken[7]). Der Rücktritt ist demnach im Falle des Käuferverzugs statthaft, aber unter Beachtung der allgemeinen Vorschriften der §§ 325 II und 326 II.

Weshalb das Gesetz hier auf den fortschrittlichen und billigen Rechtsgedanken der Fristsetzung verzichtet haben sollte, wäre unerklärlich. Denn der Vorbehaltskäufer, dem die Gefahr gegnerischen Rücktritts droht, hat an einer vorherigen Verwarnung in Form einer Fristsetzung genau das gleiche Interesse wie jede Partei eines anderen Vertrags, wenn sie sich in Verzug befindet.

Man darf auch nicht einwenden, die Auferlegung einer Fristsetzung gefährde das Interesse des Vorbehaltsverkäufers, denn das Rücktrittsrecht bleibt ihm doch auf jeden Fall erhalten, auch wenn seine Ausübung den regelmäßigen gesetzlichen Voraussetzungen unterliegt[8]).

Von dieser Auslegung darf auch die Erwägung nicht abhalten, daß damit die Zeit verlängert werde, in der die Vorbehaltssache sich in wertmindernden Gebrauch des Käufers befindet. Denn in den überwiegenden Fällen kommen bei ohnehin benutzten Sachen einige weitere Tage des Gebrauchs nicht in Betracht. Zudem kann sich der Verkäufer hier durch Ausübung eines im Verzugsfalle gegebenen Rechtes zu vorübergehender Zurücknahme der Sache schützen[9]).

Statt zurückzutreten kann der Konkursverwalter im Falle des Käuferverzugs auch beim Vertrage beharren und nach § 326 BGB. Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen[10]). Dieselben Rechte stehen dem Verkäufer gegen den Konkursverwalter des Käufers zu, wenn der letztere in Konkurs gefallen ist.

Es fragt sich, ob der Verkäufer (oder sein Konkursverwalter) im Falle des Käuferverzuges die Sache herausverlangen kann,

6) RG. in L. Z. 1928, S. 1612, Nr. 5; ebenso Staub, Anm. 65 zu § 382.
7) Stulz, Eigentumsvorbehalt, S. 49.
8) Stulz, a.a.O.
9) Ueber diese Frage s. d. übernächsten Absatz.
10) Bendix, JW. 1930, S. 1361.

ohne vom Vertrage zurückzutreten, Nach billigenswerter herrschender Meinung ist dies zulässig[11]), freilich muß er dann nach wie vor die Sache zur Lieferung bereithalten, für den Fall, daß der Käufer zahlt[12]). Im Falle des Käuferverzuges kann nach dieser Ansicht der Verkäufer die Sache herausverlangen und auf Zahlung klagen, oder sich mit einer dieser Klagen begnügen[13]).

Dagegen wendet sich Stulz[14]). M. E. zu Unrecht. Seiner Ansicht nach währt das Besitzrecht des Käufers solange, wie das Vertragsverhältnis besteht und erzeugt gegen den Herausgabeanspruch jederzeit eine Einrede nach § 986 BGB. Der Verzug ändert nach seiner Auffassung daran nichts. Gegenteiliges ergebe weder das Gesetz noch der Parteiwille[15]).

Die Pflicht, Besitz und Gebrauch der Sache zu gewähren, sei eine Vorleistungspflicht. Der Verzug eines Vertragsteils habe auf die einmal vereinbarte Reihenfolge der Leistungen keinen Einfluß.

Dagegen aber ist zu sagen, daß der Käufer nach dem Sinn des Vertrags sein Besitzrecht verliert, sobald er sich nicht mehr an den Vertrag hält[16]). Für diese Auslegung spricht der allgemeine Sicherungszweck, den das Gesetz in § 455 BGB. zu Gunsten des Verkäufers verfolgt und der nur mangelhaft erreicht würde, wenn der Verkäufer nur das Mittel des Rücktritts hätte.

Ein Käufer, dem der Vertrag leid geworden ist, könnte unter Umständen dessen Auflösung durch seine Säumigkeit geradezu durchsetzen. Daß übrigens das Besitzrecht schon vor dem Rücktritt endigen kann, wird klar, wenn der Käufer unangemessenen Gebrauch von der Sache macht. Hier wäre es ganz offenbar unbillig, wollte man dem Verkäufer nur den Rücktritt gestatten.

Es fragt sich weiter, ob der Verkäufer nur auf Grund seines Eigentums die Sache herausverlangen kann in den Fällen des Rücktrittes, der rücktrittslosen zeitweiligen Rückforderung und des Mißbrauchs, oder ob er auch einen persönlichen Rückforderungsanspruch hat. Die herrschende Meinung[17]) gewährt beide Ansprüche, während Stulz den persönlichen Anspruch verneint[18]), da er jeder gesetzlichen Grundlage entbehre.

Indessen gibt es wichtige Fälle, in denen ohne einen obligatorischen Anspruch gar kein billiges Ergebnis erzielt werden kann.

---

11) Staub, Anm. 64 und 66 zu § 382; RGE. in Seuff. Arch. f. ziv. Prax. Bd. 75, S. 162, Nr. 93; RG. i. JW. 07, S. 514, Nr. 8; RGE. 67, 386; Proskauer, Jur. Rundsch. 1928, S. 222.

12) Rühl, ZZP. 1931, S. 181.

13) Staub, a.a.O., und die in Anm. 11 angegebenen.

14) S. 50. (Eigentumsvorbehalt).

15) Stulz, S. 51. (Eigentumsvorbehalt).

16) Rühl, S. 105 (Eigentumsvorbehalt).

17) Staub, Anm. 65 zu § 382; Jaffé, S. 61 und die dort Angeführten; Rühl, Eigentumsvorbehalt, S. 71.

18) Stulz, S. 50, Anm. 150.

Einmal dann, wenn der Verkäufer sich für den Eigentümer hielt, später sich aber sein Nichteigentum herausstellt[19]). Eine Weigerung des Käufers, die Sache herauszugeben, würde hier, wenn die übrigen Voraussetzungen für einen Rückforderungsanspruch aus Eigentum vorliegen, in der Tat gegen Treu und Glauben verstoßen[20]). Dem ganzen Sinn des Vertrags kann es nur entsprechen, daß auch hier die (persönliche) Rückforderung statthaft ist. Denn mit einem solchen Vorteil, der dem Käufer von der gegnerischen Ansicht gewährt wird, und mit der Möglichkeit mangelnden verkäuferischen Eigentums hatte der Verkäufer nicht gerechnet. Es spricht also kein Billigkeitsgrund dafür, ihm diesen Vorteil zu gewähren.

Bei Berücksichtigung der Möglichkeit des Mangels des verkäuferischen Eigentums würden die Parteien auch schwerlich eine andere Regelung vereinbart haben als die, die im Falle des verkäuferischen Eigentums eintreten sollte[21]). Man wird daher unter Anwendung der Billigkeitsgedanken der §§ 133, 157, 242 BGB. einen persönlichen Rückforderungsanspruch bejahen müssen.

Genau das Gleiche muß aber gelten, wenn ein Verkäufer trotz Kenntnis seines Nichteigentums die Sache verkauft und „sich" das Eigentum dabei vorbehält. Namentlich Zwischenhändler, die die Waren selbst unter Eigentumsvorbehalt mit der Befugnis zur Weiterveräußerung gekauft oder dieselben in Kommission genommen haben, führen, wenn sie unter Vorbehalt verkaufen, aus Gründen ihres geschäftlichen Ansehens ihre Rolle als „Eigentümer" folgerichtig durch. Sie behalten „sich" das Eigentum vor, das ihnen in Wahrheit fehlt.

In solchen Fällen redet man von einem Eigentumsvorbehalt des Nichteigentümers, oder besser mit Rühl[22]) von einem Eigentumsvor e n t halt.

Dieser Eigentumsvorenthalt kann dem Zwischenhändler, solange er selbst nicht Eigentümer der Sache ist, nie einen Eigentumsherausgabeanspruch sichern. Wohl aber muß er im Falle des Vorliegens der übrigen Voraussetzungen einen persönlichen Herausgabeanspruch begründen[23]).

Dafür sprechen die oben angeführten Billigkeitsgründe und der Sicherungszweck des Vertrags. Dem Verkäufer die Sicherung deshalb zu entziehen, weil er den Käufer darüber getäuscht hat, wer der Eigentümer ist, wäre ungerechtfertigt. Denn er hat damit kein Interesse des Käufers verletzt. Der Verkäufer hat seinen Vertragsgegner nicht über das Vorhandensein seiner Verfügungsbefugnis getäuscht, sondern nur über deren Ursprung,

19) Jaffé, S. 60.
20) Jaffé, a.a.O.
21) Jaffé, a.a.O.
22) Eigentumsvorbehalt, S. 71.
23) OLG. 13, 78; 19, 211.

der hier belanglos ist. Denn gleichgültig, ob die Verfügungsmacht, wie fälschlich behauptet, aus dem Eigentum des Verkäufers oder aus der Genehmigung eines fremden Eigentümers entspringt, auf jeden Fall erwirbt der Käufer mit voller Zahlung Eigentum. Durch die bedingte Verfügung hatte der neue Käufer bereits die nach § 161 BGB. sichere dingliche Anwartschaft von dem verfügungsberechtigten ersten Käufer erworben.

Bejaht werden muß der obligatorische Anspruch aus gleichem Grunde in einem dritten Fall: dann, wenn eine Vertragsformel gewählt wird, die es offen läßt, wer Eigentümer ist. Laut Rühls Mitteilung[24]) wird z. B. oft formularmäßig die unauffälligere Wendung gebraucht: „Vor vollständiger Zahlung geht das Eigentum nicht über".

In allen drei Fällen spricht für den persönlichen Anspruch m. E. auch die Analogie zu dem Mietvertrag und dem Leihvertrag, also die Analogie zu den Gebrauchsüberlassungsverträgen, bei welchen ebenfalls ein obligatorischer Anspruch gegeben ist. Zulässig ist diese Analogie, weil der Vorbehaltskaufvertrag einen Mischtyp zwischen Veräußerungs- und Gebrauchsüberlassungsvertrag darstellt: Er verpflichtet zur Gebrauchsüberlassung bis zu einem gewissen Zeitpunkt, von da ab zur Gewährung des Vollrechtes.

---

b) Nichterfüllungswahl im Verkäuferkonkurs.

Wählt der Konkursverwalter des Verkäufers die Nichterfüllung, so entsteht eine Rechtslage, wie sie sonst im bürgerlichen Recht nicht angetroffen wird[25]). Das Vertragsverhältnis bleibt bestehen, aber sein Inhalt wird geändert[26]). Für die Zunkunft erlöschen die beiderseitigen Erfüllungsansprüche[27]). Der Käufer verliert den Anspruch darauf, dereinst Volleigentümer der ihm bereits übergebenen und bedingt übereigneten Sache zu werden. Mit dem Anspruch auf Eigentumserwerb verliert er gleichzeitig das Besitzrecht an der Sache, das ja nur im Hinblick auf den dereinstigen Vollerwerb begründet war. Der Konkursverwalter kann also das Eigentum des Gemeinschuldners zurück verlangen (sei es auf Grund des dinglichen oder des vorerwähnten persönlichen Anspruchs), ohne daß ihm der Vertragsgegner eine Einrede entgegenhalten[28]) kann.

Aus dem geänderten Vertragsverhältnis erwächst dem Vertragsgegner des Konkursverwalters, hier also dem Käufer, ein

---

24) Rühl, Eigentumsvorbehalt, S. 72.
25) Proskauer, Jur. Rundsch. 1928, S. 223.
26) RG. 11, 51; 17, 80; 56, 242; Staub, Anm. 90 b zu § 382.
27) Jaeger, Anm. 43 zu § 17; Jaffé, S. 90.
28) Jaeger, Anm. 17 zu § 17.

anderer Anspruch, nämlich ein solcher auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung[29]).

Was die Höhe dieses Anspruchs betrifft, so wird die Quote errechnet unter Zugrundelegung jenes Geldbetrages, der nötig wäre, den Vertragsgegner des Konkursverwalters schadlos zu stellen. Es gelten, abgesehen von der Regel des § 249 BGB., die Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches[30]). Insbesondere ist auch der entgangene Gewinn zu veranschlagen und ein etwa schon geleisteter Teil des Kaufpreises[31]). Solch angezahlter Teil muß deshalb in die Rechnung mit aufgenommen werden, weil er bereits in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangen ist und demnach nach § 26 KO. nicht zurückgefordert werden kann.

Darüber hinaus gewährt Bendix[32]) dem Käufer einen Massebereicherungsanspruch, soweit der Geldwert der herauszugebenden Sache den Kaufgeldrest übersteigt. Wenn also ein Motorrad herausgegeben wird, das für 800 Reichsmark verkauft wurde, für das bereits 700 RM. angezahlt wurden und das zur Zeit der Rückgabe noch 300 RM. wert ist, so hat der Käufer einen Bereicherungsanspruch gegen die Masse wegen 200 RM. (300 —100 RM.).

Bendix begründet es richtig damit, daß der Vorbehalt nur der Sicherheit des Verkäufers, nicht der grundlosen Bereicherung der Masse dienen dürfe. Einem Bereicherungsanspruch steht nicht im Wege, daß der Vertrag fortbesteht, denn er hat immerhin eine entscheidende konkursrechtliche Aenderung erlebt.

Aehnlich entscheidet die herrschende Meinung im umgekehrten Falle, wenn der Verkäufer eines Grundstücks der Masse gegenüber dadurch bereichert werden würde, daß der Verkäufer das vom späteren Gemeinschuldner zum Teil bezahlte, aber diesem noch nicht übergebene Grundstück nach der Nichterfüllungswahl so vorteilhaft ein zweites Mal verkauft, daß er, der Verkäufer, nicht nur ungeschädigt, sondern sogar mit Gewinn davongeht. In diesem Falle gibt die herrschende Meinung der Masse mit Recht einen Bereicherungsanspruch auf die Anzahlung des Gemeinschuldners, soweit sie dazu dient, den Verkäufer, der ja einen zweiten Kaufvertrag abgeschlossen hat, günstiger zu stellen, als er bei Erfüllung des ersten Vertrages dagestanden haben würde[33]).

Dem liegt die Erwägung zu Grunde, daß es zwar billig ist, daß der Verkäufer möglichst ungeschädigt aus dem Konkurse seines Käufers hervorgeht, nicht aber, daß er dessen Konkurs

29) Jaeger, Anm. 43 zu § 17; Staub a.a.O.; RG. 64, 206.
30) Jaeger, Anm. 45 zu § 17 KO.
31) Bendix, JW. 1930, S. 1362.
32) Bendix, a.a.O.
33) Vgl. zu dieser Frage Jaeger ,Anm. 46 zu § 17 und die dort Angegebenen.

als Vorteil für sich bucht. Auch hier wird — und das ist für unsere Frage wichtig — der Bereicherungsanspruch gewährt, obwohl das Vertragsverhältnis, auf Grund dessen die Anzahlung gemacht wurde, fortbesteht.

Der Rechtsgrund muß deshalb als fortgefallen gelten, weil der Vertrag durch das Konkursverfahren und die Nichterfüllungswahl die oben gekennzeichnete Veränderung durchgemacht hat. Näher kann auf die umstrittene Frage hier nicht eingegangen werden.

Gleiches muß dann auch für die Masse gelten, wenn es sich um die Frage handelt, ob sie auf Kosten des Käufers einen Vorteil erhalten soll, oder ob mit der Aenderung des Vertrages der Rechtsgrund als fortgefallen gelten und dem Käufer daher ein Bereicherungsanspruch gewährt werden soll.

§ 11.

2. Folgen im Konkurse des Käufers.

a) Erfüllungswahl im Käuferkonkurs.

Im Konkurse des Käufers gestaltet sich im Falle der Erfüllungswahl die Rechtslage analog der oben dargestellten, die durch die Erfüllungswahl im Konkurse des Verkäufers entsteht. Der Kaufpreis muß voll gezahlt werden, in diesem Fall vom Konkursverwalter. Die Kaufpreisschuld wird zur Masseschuld (§ 59, Ziffer 2 KO.). Mit der Zahlung erwirbt der Konkursverwalter die Sache für die Masse. Das Vertragsverhältnis bleibt durch den Konkurs im Falle der Erfüllungswahl unbeeinflußt. Der Verzug des Konkursverwalters mit der Leistung des Kaufpreises berechtigt also hier den Vertragsgegner zur Fristsetzung und danach zur Wahl zwischen Rücktritt oder Geltendmachung des Nichterfüllungsschadens (§ 326 BGB.). Die Pflicht des Konkursverwalters zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung stellt sich dann ebenso wie die primäre Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises als Masseschuld dar[1]).

Das Gleiche gilt von allen anderen Ansprüchen, die aus der Verletzung des Vertrags der Masse gegenüber entstehen, insbesondere auch von Vertragsstrafen[2]). Diese Folge ergibt sich ebenfalls daraus, daß mit der Erfüllungswahl das Vertragsverhältnis den Wirkungen des Konkurses entzogen wird.

b) Nichterfüllungswahl im Käuferkonkurs.

Wenn der Konkursverwalter des Käufers die Nichterfüllung wählt, so bleibt wieder das Vertragsverhältnis bestehen, aber wiederum ändert sich sein Inhalt in der bekannten Weise. Er-

1) Jaeger, Anm. 33 zu § 17 KO.
2) Jaeger, a.a.O.

füllung kann nicht mehr verlangt werden, aber der erlittene Schaden kann vom Verkäufer quotenmäßig geltend gemacht werden. Bei der Berechnung der Höhe des Schadens ist zu berücksichtigen, daß der Verkäufer jetzt seine Sachen aussondern kann, da der Konkursverwalter mit der Wahl den Erfüllungsanspruch und damit das Besitzrecht an den Sachen verloren hat.

Das Aussonderungsrecht kann der Vertragsgegner auf sein Eigentum gründen (§ 985 BGB., 43 KO.), er kann aber auch den obligatorischen Herausgabeanspruch geltend machen, welcher wichtig ist im oben angeführten Falle des Eigentumvorenthaltes. Der Verkäufer kann also den Schaden geltend machen, der ihm unter Berücksichtigung dieses Aussonderungsrechts durch die Nichterfüllung entsteht, einschließlich des entgangenen Gewinnes. Der Schaden besteht demnach in der Höhe des noch ausstehenden Kaufpreises, von dem der Wert des ausgesonderten Gutes abgezogen ist.

Steht also der ganze Kaufpreis noch aus und ist der Wert der ausgesonderten Sachen gleich Null, so erreicht der Schaden die Höhe des Kaufpreises. Zutreffend ist demnach die Bemerkung des Staubschen Kommentars[3]), die Kaufpreisforderung sei nicht gleich der Schadenshöhe, aber sie bezeichne die äußerste Grenze des Schadensbetrags.

Wie gestaltet sich die Rechtslage, wenn der Wert der Sache den noch ausstehenden Kaufpreisteil übersteigt? Dies wird besonders dann eintreten, wenn der Wert der Sache durch den Gebrauch nur wenig oder gar nicht gemindert oder durch Verwendungen des Käufers (des Gemeinschuldners) erhöht wurde. Der Verkäufer kann auch in diesem Falle die Sache zurücknehmen, denn das Aussonderungsrecht wird dadurch nicht betroffen.

Soweit aber die Aussonderung und die empfangene Anzahlung bewirken, daß der Verkäufer durch sie besser dastünde, als im Falle normaler Abwicklung des Kaufvertrages, ist er bereichert und muß den Ueberschuß herausgeben[4]).

Hierher gehört auch der bereits erwähnte Fall, daß der Verkäufer die Sache ein zweites Mal und so günstig verkauft, daß er nicht nur jeden Schaden vermeidet, sondern sogar einen Gewinn erzielt. In diesem Fall entsteht ebenfalls ein Bereicherungsanspruch wegen der Anzahlung, soweit sie zur Bereicherung dient.

§ 12.

3. Insbesondere: Zulässigkeit der Ersatzaussonderung im Käuferkonkurs.

Wie dargelegt wurde, berechtigt die Nichterfüllungswahl des Konkursverwalters, wenn der Käufer in Konkurs gefallen ist,

3) Anm. 90 c zu § 382.
4) Staub, a.a.O.

zur Aussonderung der Vorbehaltssache. Es bleibt noch festzustellen, wann an Stelle dieses Aussonderungsanspruches der Ersatzaussonderungsanspruch des § 46 KO. tritt.

1. Wenn A. Sachen unter Eigentumsvorbehalt von B. gekauft hat und sie vor völliger Bezahlung ohne B's. Erlaubnis weiter veräußert und vor Empfang des Erlöses in Konkurs fällt, so kann B. im Falle der Nichterfüllungswahl einen Ersatzaussonderungsanspruch auf Abtretung der Forderungen A's. zweifellos geltend machen (§ 46 KO.).

Zieht der Konkursverwalter die Forderungen ein, so kann der Vorbehaltsverkäufer B. die „Gegenleistung aus der Masse beanspruchen" (§ 46 Satz 2 KO.), d. h. er kann das Geld aussondern. Voraussetzung ist, daß es noch unterscheidbar in der Masse vorhanden ist. Denn auch diese Form der Aussonderung, die sich auf Gegenstände erstreckt, die ins gemeinschuldnerische Eigentum übergegangen sind, unterliegt insofern den Erfordernissen des § 43 KO., als es sich um einen „Gegenstand", d. h. einen konkret bestimmten Gegenstand[1]) handeln muß. Diesem Erfordernis genügen nicht bloße gedachte Wertbeträge. Ist das Geld, welches eingezogen wurde, mit anderem vermischt worden, sohat der Vorbehaltsverkäufer einen Massebereicherungsanspruch (§ 59 Ziff. 3 KO.).

2. Häufig werden im Wirtschaftsleben Vorbehalte vereinbart, die dahin gehen, daß das Eigentum zwar bis zur völligen Bezahlung dem Verkäufer verbleiben solle, der Käufer aber, der ein Erwerbsgeschäft betreibt, berechtigt sein solle, die Vorbehaltssache schon vor völliger Bezahlung im normalen Gange seines Geschäftes weiter zu veräußern[2]).

Der Zwischenhändler wird so oft erst in die Lage versetzt, den Kaufpreis, den er dem Großhändler schuldet, aufzubringen, und der Großhändler läßt sich auf eine solche Beschränkung der Wirkung des Eigentumsvorbehaltes ein, weil er darin oft die einzige Möglichkeit sieht, zu Gelde zu kommen[3]). Dahin gehören auch die Fälle, wo der Eigentumsvorbehalt nicht durch Veräußerungs-, sondern durch Verarbeitungserlaubnis[4]) durchbrochen ist. Denn die Verarbeitung begründet Eigentumsverlust des bisherigen Stoffeigentümers (§ 950 BGB.). Ist dem Verkäufer bekannt, daß der Vorbehaltskäufer ein Verarbeitungs- oder Veräußerungsgeschäft betreibt und die Vorbehaltsware für dieses bezieht, so ist die angeführte Erlaubnis, selbst wenn sie nicht ausdrücklich gegeben wurde, als stillschweigend erteilt anzunehmen. Auch ein solcher Eigentumsvorbehalt bietet Schutz, aber insofern einen beschränkten, als er nur Platz greift,

1) Jaeger, Anm. 8 zu § 43 u. Anm. 17 zu § 46 KO.; RG. 94, 24; 94, 194.
2) Vgl. die Fälle OLG. Kiel, Seuff. Arch., Bd. 68, S. 297 und OLG. Stettin ebenda, S. 296.
3) Vgl. die Fälle OLG. Zelle, JW. 1926, S. 2102 und RG. 115, 263.
4) Vgl. OLG. Hamm, JW. 1927, S. 733 ff., Nr. 22; OLG. Hamm, JW. 1926, S. 2115.

soweit der Käufer die Sache zur Zeit der Konkurseröffnung noch unverarbeitet oder unveräußert auf Lager hat.

Es fragt sich, ob ein Ersatzaussonderungsanspruch des Großhändlers auf die Forderung des Zwischenhändlers gegeben ist, die dieser durch Weiterveräußerung der Vorbehaltssache erzielt hat. Hielte man sich an den nackten Wortlaut des § 46 KO., so käme man zu einer Bejahung der Ersatzaussonderung, denn die in dieser Bestimmung genannten Voraussetzungen liegen vor:

1. Eine entgeltliche Verfügung des Gemeinschuldners,
2. vorgenommen vor Konkurs.
3. Beim Unterbleiben der Verfügung hätte ein Aussonderungsanspruch vorgelegen.

Dennoch wäre solche Entscheidung auf den „ersten Besicht" verfehlt[5]). Das zeigt sich schon in der Unbilligkeit des Ergebnisses: Der Großhändler würde infolge des Konkurses unter Umständen besser gestellt als ohne dessen Eröffnung. Nach der Vertragsabmachung sollte der Zwischenhändler den von ihm erzielten Kaufpreis behalten dürfen, was besonders in dem Regelfalle von Bedeutung ist, daß er die Vorbehaltssache mit Gewinn weiter verkauft hatte. Soll nun infolge des äußeren Umstandes des Konkurses der Großhändler plötzlich auf Grund des § 46 KO. berechtigt sein, den ganzen Erlös aus dem Weiterverkauf einzuziehen, also einschließlich dessen, was der Gemeinschuldner durch seine Geschäftstüchtigkeit verdient hat[6])?

Einen solchen Sinn des Gesetzes verneint das OLG. Stettin und sucht so zu einem annehmbaren Ergebnis zu gelangen, daß es den Gläubiger nur jenen Teil des Erlöses des Gemeinschuldners aussondern läßt, der dem niedrigeren Preise entspricht, den er mit dem Gemeinschuldner vereinbart hatte, dagegen den Ueberschuß als Gewinn der Masse zufließen läßt[7]). Dagegen wendet Jaeger unter Billigung des Reichsgerichts ein, solche Beschränkung der Ersatzaussonderung sei mit § 46 KO. unvereinbar, m. E. mit Recht, da § 46 KO. seinem Wortlaut nach, wenn er Ersatzaussonderung gewährt, solche des g a n z e n Erlöses gewährt. Das Gesetz will die Frage im einzelnen Falle entweder mit einem uneingeschränkten Ja oder Nein beantwortet wissen.

Richtiger Ansicht nach ist in solchem Falle jeder Ersatzaussonderungsanspruch abzulehnen. Denn der Gemeinschuldner hat die Sache nicht im eigenen Namen für fremde Rechnung, sondern im eigenen Namen für e i g e n e Rechnung veräußert[8]). Die Forderung gegen seinen Käufer erwarb der spätere Ge-

5) RG. 115, 263.
6) OLG. Kiel, a.a.O.
7) OLG. Stettin, a.a.O.
8) Diesen Unterschied erkennt richtig OLG. Kiel, a.a.O.

meinschuldner daher nicht als eine ihm „materiell fremde"[9]) wie der, der eine fremde Sache unterschlägt, oder wie der sogen. indirekte Stellvertreter, der zwar befugt, aber für fremde Rechnung veräußert.

Dieser Unterschied muß dazu dienen, die Grenzen der Anwendbarkeit des § 46 KO. zu finden. Sein Zweck ist nach den Materialien[10]) die Vermeidung unbilliger Härten im Konkurs. Unbillig wäre die Verneinung der Ersatzaussonderung nur dann, wenn die Gegenleistung in die Masse flösse, obwohl sie dort nach dem Willen des früheren Eigentümers der verkauften Sache gar nicht verbleiben sollte.

In dem gedachten Fall aber sollte der Erlös gerade in voller Höhe dem Zwischenhändler zugute kommen. Man legt daher mit Jaeger und den Materialien[12]) § 46 KO. richtig aus, wenn man sagt, der § 46 wolle Ansprüche nicht neu schaffen, sondern bestehende lediglich verstärken.

M. E. kann man schon mit Hilfe einer Vertragsauslegung zu diesem Ergebnis gelangen, ohne den im übrigen richtigen Jaegerschen Satz zu benötigen. Richtig gesehen stellt nämlich der geschilderte beschränkte Eigentumsvorbehalt eine Verfügung nicht unter nur einer, sondern eine solche unter zwei alternativ nebeneinander gesetzten aufschiebenden Bedingungen dar.

Der Großhändler erklärt dem Zwischenhändler, er solle Eigentum an den Sachen erwerben, erstens, wenn er restlos bezahle, oder zweitens schon vorher im Augenblick einer Weiterveräußerung der Ware.

Solche zweite Bedingung darf ohne Vorwurf der Künstelei angenommen werden, weil sich die gleichen Rechtswirkungen ergeben, ob man nun die Einschränkung des Eigentumsvorbehaltes als Veräußerungserlaubnis oder als zweite Bedingung bezeichnet. In beiden Fällen ergibt es sich, daß der Zwischenhändler den Erlös behalten darf und den alten Kaufpreis weiterschuldet. Auch der dingliche Enderfolg ist derselbe. Der Großhändler verliert sein Eigentum, endgültig erlangt es nicht der Zwischenhändler, sondern sein Kunde. Die Zahlungsfähigkeit des Zwischenhändlers aber wird in beiden Fällen gesteigert. Legen wir den Vertrag so aus, so erhalten wir weiter das richtige Ergebnis, daß bei Weiterveräußerung sämtlicher Sachen der Eigentumsvorbehalt „erledigt" ist, nämlich infolge des Bedingungseintrittes, ein Ergebnis, zu dem auch Jaeger gelangt[13]). Gehen wir von solchem doppelt bedingten dinglichen Vertrage aus, dann wird die Begründung der Verneinung der

9) OLG. Kiel, a.a.O.
10) Hahn, S. 183 zu § 38 KO. a. F.
11) a.a.O.
12) Hahn, S. 182; vgl. dazu OLG. Kiel, a.a.O., RG. 115, 264; Levi, S. 164; Unger, S. 30.
13) Jaeger, Anm. 11 zu § 17.

Ersatzaussonderung schon aus rein konkursrechtlichen Gründen nicht schwer.

Die Aussonderung soll masse f r e m d e Gegenstände herausziehen, die Ersatzaussonderung den Erlös für massef r e m d e veräußerte Gegenstände. Mit den Worten „deren Aussonderung hätte beansprucht werden können", will § 46 KO. nur das Erfordernis der Fremdheit der Gegenstände wiederholen. Dafür spricht auch die Stellung im Titel „Aussonderung" und die Begriffsbestimmung dieser Ueberschrift, die aus § 43 KO. zu gewinnen ist.

Da die Sachen den Durchgang durch das Eigentum des Zwischenhändlers nehmen, wenn er sie mit Erlaubnis veräußert, fehlt ihnen im Augenblick der Veräußerung an den Kunden die „Fremdheit", was § 46 KO. unanwendbar macht. Es ist also die juristische Doppelbedeutung der Verfügung des Zwischenhändlers (Bedingungsherbeiführung für eigenen Erwerb mit unmittelbar anschließender Veräußerung), die § 46 KO. nicht zum Zuge kommen läßt. Denn die Bestimmung ist dahin einzuschränken, daß nur solche Veräußerungen in Betracht kommen, die keinen vorherigen Erwerb des Verfügenden begründen.

LEBENSLAUF

Am 8. Mai 1908 bin ich zu Waldensberg, Kreis Gelnhausen, geboren als Sohn des Pfarrers Ulrich Kannegießer und seiner Ehefrau Elisabeth, geborenen Bode. Nach sechsjährigem Besuch der Volksschule in Waldensberg und Dubro bei Herzberg (Elster), wohin mein Vater 1917 übersiedelte, trat ich 1920 in die Quarta des humanistischen Gymnasiums zu Luckau N.-L. ein. Dort bestand ich nach weiterem siebenjährigem Schulbesuch im Frühjahr 1927 die Reifeprüfung. Anschließend studierte ich in Marburg, Leipzig, Genf und Berlin je ein Semester, darauf in Marburg vier Semester Rechtswissenschaft. Am 9. Mai 1931 bestand ich am Oberlandesgericht zu Kassel die erste juristische Staatsprüfung, am 21. November gleichen Jahres an der Marburger Philipps-Universität die juristische Doktorprüfung. Am 1. November 1931 trat ich am Amtsgericht in Herzberg-Elster den Referendar-Ausbildungsdienst an.

Ganz besonderen Dank erlaube ich mir auszusprechen Herrn Geheimen Justizrat Professor Dr. Leonhard für die Anregung zur vorliegenden Arbeit.